ذخائر النبوة
في الخيرات والصلاح

تأليف

العلامة المحقق الفقيه

الشيخ محمد هادي الطهراني النجفي

طاب ثراه

من منشورات
مكتبة دار العلم للآية الحجة البهبهاني
باهواز

DATE	ISSUED TO

DATE ISSUED	DATE DUE	DATE ISSUED	DATE DUE



كتاب الخيارات

تأليف

العلامة المحقق الفقيه

الشيخ محمد هادى الطهرانى النجفى

المتوفّى سنة ١٣٢١ ـ هـ

طهران ـ ١٣٩٠ ـ هـ

چاپخانهٔ حيدرى

بسم الله الرحمن الرحیم

الحمد لله الذی هدانا الی مسالك شرایع الاسلام و نور مدارکه بجواهر الکلام و احکم لنا القواعد نهایة الاحکام بجامع المقاصد و کشف اللثام غایة المراد و منتهی الارشاد تهذیب سرایر العباد هدایة ریاض الخلدو روض الجنان و مختلف الملائکة و مهبط الفرقان وسیلة تبصرة الجاهلین و ذریعة تذکرة الغافلین الذی لم یزل خیارا من خیار محمد المختار صلّی الله علیه و آله الاخیار.

و بعد فیقول المسکین المستکین محمد هادی بن محمد امین حشرهما الله مع الائمة المعصومین سلام الله علیهم اجمعین ان النوامیس الالهیة من اطوار حضرة السبحان فتقدست عن ان یحیط بها بیان او یکتنهها عقل انسان و انّما الاعلام بذلوا مجهودهم لکشف الظلام عما یحتاج الیه الایتام المنقطعون عن الامام علیه السلام فذللوا الصعاب و فتحوا الابواب صحف علیون یشهده المقربون لا یمسها الّا المطهرون اذا رایتها حسبتها لؤلؤاً منثورا و اذا رایت ثمّ رایت نعیما وملکا کبیرا فقلت ماکان ذا للخلق مقدورا سبحان ربّی کانّی کنت مسحورا ولکن الاسرار لم تزل محتجبة تحت الاستار فان دقایق الشریعة لا تکون شریعة لکل وارد و انّما یرد علیها واحد بعد واحد و انّی و ان لم استطع طولا قد کشفتها ببنان الابکار من الافکار و بذلتها للاحرار و لکن بالغت فیها بالاختصار فان لم ینکشف لك شیء منها فلا تبادرن بالانکار فلیس ذا من شیم الابرار فلا یوحشنّك اختصاصی بکثیر من هذه الانظار فانما الرجال بالاقوال تعرف لا الاقوال بالرجال فهذه الرساله الموسومة بذخائر النبوة متکفلة بمهمّات مباحث الخیار و فرقة اخری من الاسرار یغتبط بها اولوا الابصار و الحمد لله علی نعمته علی الابرار و نقمته علی الفجار.

الخيار اسم من الاختيار و هو افتعال من الخير فهو قبول الخير فقولنا له الخيار معناه انّه متمكّن من سلوك ما هو خير له لا انّ معنى الاختيار المشيّة كما توهّمه بعضهم، هذا معناه في الأصل وامّا ما يراد به الآن فهو غنيّ عن البيان و ينصرف عند الاطلاق الى ملك احد المتعاقدين ازالة العقد و اقراره فيما لا يكون ركنه احدهما و المراد بالاقرار الالزام و الايجاب لا اسقاط حقّ الفسخ و ان شاركه في التّأثير فانّ الالزام بالاستحقاق غير الالزام باسقاط الحقّ، ألاترى انّ الفقهاء يعدون الايجاب قسيما للاسقاط و يكشف عن ذلك انّ الاجنبيّ المجعول له الخيار لا يقدر على الاسقاط مع انّ له سلطان الالزام وليس للمشروط له من احدالمتعاقدين حينئذ الفسخ و الاقرار مع انّ له الاسقاط فالخيار حقّ واحد ينحلّ الى حقّين حقّ الازالة و حقّ الاقرار .

و بالجملة فرق واضح بين استحقاق الايجاب و القدرة على اسقاط حقّ الازالة فانّها من لوازم كون ملك الازالة من الحقوق بخلاف ملك الاقرار فانّه في عرض ملك الازالة فنسبة الخيار الى كلّ من ملكى الازالة و الاقرار سواء بخلاف ملك اسقاط حقّ الازالة فانّه في طول ملك الازالة و من لوازم كونه من الحقوق فالجنس لايشمل ماكان من الأحكام و غيرها ممّا ليس بحق كالقدرة على الفسخ في العقود الجائزة

امّا الاذنيّة منها كالوكالة و الوديعة و العارية فلأنّ القدرة على الفسخ فيها ليست الّا القدرة على دفع الاذن الّتى هى مقتضى ماهيّته و من لوازم حقيقته و ليس حقّا بل و لا حكما شرعيّا و امّا غيرها كالهبة فجواز الرّجوع فيها حكم شرعيّ وممّا حقّقناه يظهر الحال في سلطنة المالك على فسخ العقدالفضولى و اقراره فانه في الحقيقة ليس الّا اناطة انتقال المال عن المالك الى غيره برضاه ، و ليس من الحقوق بل ولا من الأحكام التعبّديّة بل من لوازم المالكيّة نعم يتوهّم انه ممّا ثبت بقوله عليه السلام لا يحلّ مال امرىء الّا عن طيب نفسه وسيتّضح انشاء الله تعالى فساده و كذا ملك الورثة فسخ العقود الصّادرة من المورث فيما زاد عن الثلث في مرض الموت فانّه وانكان ملكا للمورث الّا انّ للوارث تشبّثا به بحكم الشّارع فهو في حكم ملكهم في الجملة ، فافهم .

و بقولنا احد المتعاقدين يخرج ملك العمّة و الخالة فسخ نكاح بنت الأخ والأخت و ملك الحرّة فسخ نكاح الأمة على القول به .

ان قلت انّ الخيار المجعول للأجنبى ليس لأحد المتعاقدين مع انّه من افراد المحدود قلت انّ الحق انّما هو لأحد المتعاقدين المشروط له خيار الأجنبى و اضافته اليه باعتبار تقييده به و لهذا يسقط باسقاط المشروط له حيث انّ الحق و الرفق له لا للأجنبى على ما سيتضح في خيار الشرط انشاءالله تعالى .

و بقولنا فيما لا يكون ركنه احدهما ، ملك الزوجين الفسخ بالعيوب حيث انّ الركنين هما الزّوجان و بهذا القيد و ان خرج ما خرج بالأوّل الّا انّ في الجمع كشفا لتمام ماهيّته و توضيحا لجميع ماله دخل في قوام حقيقته و بما حقّقناه ظهر ما فيما صنعه بعضهم من التقييد بقوله بعد وقوعه مدّة معلومة لاخراج بعض ماذكر مع انّ الأول لا حاجة اليه و الثانى مخلّ لأنّ بعض ما هو من المحدود ليس كذلك كخيار العيب و الغبن .

و بما حقّقناه ظهر ايضاً ما فيما افاده شيخنا المرتضى قدّس سرّه حيث قال : وقد يعرّف بانّه ملك اقرار العقد و ازالته و يمكن الخدشة فيه بانّه ان اريد من اقرار العقد ابقاؤه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك لأنّ القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه اذ القدرة لا يتعلق باحد الطرفين و ان اريد منه الزام العقد و جعله غير قابل لأن يفسخ ففيه انّ مرجعه الى اسقاط حق الخيار فلا يوخذ في تعريف نفس الخيار مع انّ ظاهر الالزام في مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا، فينتقض بالخيار المشترك فانّ لكلّ منهما الزامه من طرفه لامطلقا، انتهى فانّك قدعرفت انّ المراد هوالالزام و انّ الالزام بالاستحقاق غير الالزام باسقاط حق الفسخ و امّاما استظهره ففى غاية السقوط حيث انّ الجواز و اللزوم ممّا يقال بالتشكيك فلهما مراتب مرتبّة فالزام العقد اعمّ من الزامه مطلقا من طرف خاص اووجه مخصوص مع انّ الظّاهر من الاقرار هوالاقرار من طرف مالك الازالة حيث انّ الظاهر انّ له التّصرف في العقد فيما يرتبط به و كون الفسخ ابطالا للعقد انّما هو من جهة انهدامه بذهاب احد ركنيه لا انّ احدالمتعاقدين يرفع

بالفسخ ارتباط العقد بصاحبه ايضاً بل انّما يستتبع ازالة ارتباطه به ارتفاع ارتباطه بصاحبه و لعلّ هذا يزداد وضوحا في المقدّمة بعون الله تعالى،فالفسخ في مقابل الالزام ظاهر في الفسخ من جهة ازالة ارتباطه به فيترتّب عليه الانهدام و انّه لا يتعلّق بالعقد مطلقا اولا ويظهر من تخصيصه الخيار المشترك بالانتقاض به انّ صاحب الخيار المختص يقتدر على الزام العقد مطلقا مع انّ لزومه من طرف صاحبه الّذى ليس له الخيار انّما هو بمقتضى الأصل لا بالزام ذى الخيار .

و قبل الشّروع في توضيح اقسام الخيار و بيان احكامها لابدّ من تمهيد مقدّمة تتكفّل ببيان امور .

الأوّل انّ حق الخيار لانحلاله الى ملكين ملك الازالة وملك الاقرار على ما هو المختار لا بدّ له من محلّ يكون لازما من جهة و جائزا من اخرى حتّى يكون من الجهة الأولى متعلّقا للأول و من الثّانية للثّانى واللّزوم على ثلثة اقسام الأوّل ان يكون من لوازم العقد مطلقا بحيث يكون آبيا عن الفسخ في جميع اقسامه و اصنافه كالوقوف و الصدقات اللازمة .

الثّانى ان يكون كذلك ولكن لا مطلقا كالنّكاح فانّه ممّا يابى عن الفسخ الّا باحد العيوب و تخلّف الوصف .

الثّالث ان يكون العقد مقتضيا له فيلزم مالم يمنعه مانع كالبيع و هذا الأخير محلّ لملك الإزالة لا غيره .

و الجواز ايضاً على ثلثة اقسام الأوّل كون العقد بالذّات صالحا للازالة مطلقاً بحيث يستحيل لزومه و من هذا القبيل العقود الإذنيّة كالوكالة و الوديعة و العارية فانّ قدرة من قام به الاذن على رفعه الّتى هى السّلطنة على الفسخ في هذه العقود المعبّر عنها بالجواز ممّا لا يمكن ان يتخلّف عن الاذن بل هو بحسب حقيقته امر اختيارىّ يستحيل ان يكون على خلاف ذلك و لهذا تبطل بموت الموجب و جنونه و اغمائه و ليست خارجة عن عموم اوفوا بالعقود على تقدير دلالتها على اللّزوم .

الثّانى كونه كذلك بحكم الشّارع وان لم يكن بناء العقد عليه كالهبة الجائزة الثالث

طرو الجواز عليه و ان كان مقتضيا للزوم كالبيع المتعلق به حق الخيار و هذا هو الجواز المتعلق به الاقرار .

ان قلت ان ترتب ملك الاقرار على ملك الازالة ينافي كونه في عرضه فما التوفيق بين هذا و بين ما اخترته في الحد ودفعت به ما اعترضه شيخنا قده على ما اخترته من التعريف .

قلت ان الغرض من كونه في عرضه انما هو كونه كذلك في انحلال الخيار اليهما و ان مدخلية ملك الاقرار في تحقق حقيقة الخيار كمدخلية ملك الازالة و لا ينافي ذلك ترتب نفس ملك الاقرار على ملك الازالة ، بل لا ترتب في الحقيقة و انما الايجاب هو اختيار بقاء العقد فالشخص مخير بين امرين الفسخ والرضا ببقاء العقد فحيث اختار البقاء لزم العقد لانه احد طرفي التخيير فهو اوجب العقد اى احدث سبب الوجود بعد ما صار جائزا بالخيار باختيار ما اثره الوجوب في مقابل الانفساخ وهذا معنى قولنا انه ايجاب بالاستحقاق واليه ينظر تعبير الاصحاب قدس سرهم بالتخاير وانه يقول احدهما للاخر اختر وسياتى انشاءالله تعالى أن الافتراق في خيار المجلس والتصرف في الحيوان أيضاً من هذا الباب فكل منهما احد طرفي التخيير و هذا معنى كونه رضى لا ما توهمه .

و بالجملة فحدوث اللزوم متوقف على سبق الجواز لكن استحقاق الفسخ و الايجاب بمعنى كونه مخيرا بين الامرين المستلزم لترتب كل من الاثرين الفسخ و اللزوم بمجرد الاختيار معنى بسيط و من حيث انه نسبة بين امرين من حيث ان التخيير ربط بين ما يتخير فلابد له من طرفين لا محالة وكل من انحلال العقد و بقائه طرف لهذه النسبة فايهما اختاره استقر حيث ان الخيار يزول بالاختيار فاختيار البقاء انما يوجب زوال الخيار من حيث انه أحد الطرفين ولا معنى لبقاء الخيار بعد الاختيار و من المعلوم ان الزوال بالاختيار غير الإسقاط .

الثانى ان العقد هو المعنى الحاصل بالايجاب والقبول المحصلين له الكاشفين عنه و الفسخ انما يتعلق بالعلقة الحاصلة المعبر عنه في الفارسية بگره لا بالمعنيين القائمين بالمتعاقدين وإن كان اطلاق العقد عليهما صحيحا أيضاً بل حقيقة أيضاً وما يتوهم من كون العقد

حقيقة في الايجاب والقبول اللّفظيّين فقد اوضحنا فساده في رسالتنا المعمولة في الصلح و كيف كان فالفسخ لا يتعلّق باللّفظ المعدوم ولا بالمعنى القائم بالمتعاقدين وإلّا كان لهما ذلك مطلقا حيث انّ قيام تلك الكيفيّة النفسانيّة بالنّفس باختيار الشّخص كالاذن الّذى عرفت حاله، مع انّ الأمر ليس على هذا المنوال فالعقد الذى يتعلّق به الفسخ هو الامر المترتّب على هذا المعنى القائم بالنّفس لا الاثار المترتّبة عليه كما يتوهم.

واذ قد تبيّن هذا بتوفيق الله تعالى فاعلم انّ العقد قد ينفسخ مطلقا فيترتّب عليه عود كلّ من العوضين إلى صاحبه اذا كان مشتملا على العوضين ما دام العوضان قائمين و يغرم من تلف عنده العوض لصاحبه البدل الحقيقى حيث انّ التّالف قبل الانفساخ كان مضمونا عليه بالمسمى بحكم العقد، فاذا زال العقد رجع الضمان إلى ما كان يقتضيه لولا العقد من وجوب ردّ المثل او القيمة .

و بعبارة اخرى كون المبيع مثلا مملوكا للمشترى بحكم البدليّة عن الثّمن عين ضمانه بالمسمّى فهو و انكان مملوكا له بسبب البيع الّا انّ علقته لم ينقطع عن البايع راساً و لهذا يملكه بمجرّد الفسخ بالسّبب الأوّل فهو بدل عن مال المشترى و لهذا يترتّب عليه آثار المبدل منه ما دامت البدليّة حاصلة كما انّ بدل الحيلولة ملك للغاصب و لكن يترتّب عليه جميع آثار ملك المغصوب منه مادامت الحيلولة فاذا زالت كان للمالك بالملك الأوّل لا انّه ملك جديد فبهذا الاعتبار نقول انّ يد المشترى مثلا على المبيع يد ضمان فمادام العقد قائما تعيّن المسمّى وبعد زواله فالحكم على الأصل لأنّ حقيقة الضّمان هنا انّه لو تلف تلف من كيسه فانّه ليس من الضّمان في شيء و قد ينفسخ مع قيام العوضين او احدهما خاصّة لا مطلقا فلا اثر له إلّا التّرادّ أو الرّدّ و الارتجاع .

اذا عرفت هذا فاعلم انّ ملك الازالة في بعض الخيارات على الوجه الأول وفي بعضها على الوجه الثّانى و المرجع عند الشّك هو اصالة اللّزوم لأنّ المرتبة الثّانية هى المتيقّنة و لا بأس بالاشارة اجمالا إلى بعض الأقسام المختلفة في ذلك فمن الأوّل

خيار الغبن فان الغرض منه دفع خسران المعاملة و هذا لا يندفع بتلف العين كما لا يندفع ببذل التفاوت لفقد السبب المملك وليس كل خيار مشارك له في المدرك والمناط كذلك كخيار الشركة حيث ان ضرر الاشتراك وهو توقف التصرف على اذن الشريك لا يعقل الا مع بقاء المال المشترك .

و في خيار المجلس من الدروس في بيع من ينعتق على المشترى : ويحتمل ثبوته للبايع لأن نفوذ العتق لا يزيل حقه السابق وحينئذ يمكن وقوف العتق و نفوذه فيغرم المشترى القيمة لو فسخ البايع و يجرى مجرى التلف الذى لا يمنع من الخيار انتهى و من الثانى خيار العيب لقوله عليه السلام بعد ما سئل عن الرجل يشترى الثوب و المتاع فيجد به عيبا انكان قائما رده على صاحبه واخذ الثمن وانكان الثوب قد قطع اوخيط او صبغ رجع بنقصان العيب و كذا خيار الحيوان ففى التوقيع اذا احدث فيها حدثا فقد وجب الشراء و كذا خيار التاخير بمقتضى قوله عليه السلام و ان جاء بينه و بين ثلثة ايام وإلا فهو احق بماله مع ان ثبوت الخيار بعد التلف هنا لا يندفع به ضرر الصبر و ذل المطالبة و كون التالف قبل القبض من مال البايع الذى هو في معنى الانفساخ لا ينافي بقاء العقدهنا على حاله مع التلف لأن القبض الذى هو المناط في ارتفاع الضمان ليس الا التخلية و الموجب للخيار في التاخير هو رفع يد البايع و اقباض الثمن .

و اما خيار الشرط فهو تابع لجعل المتعاقدين و ما هو الغرض من الاشتراط و مما يترتب على كون متعلقه التراد او الرد والارتجاع عدم نفوذ التصرفات الناقلة و عدم جواز الاتلاف و بعون الله يتضح الحال .

الثالث ان انفساخ العقد بالنسبة إلى بعض ما تعلق به او فسخه كتبين فساده كذلك لايوجبه بالنسبة إلى غيره فلو باع في سلعة واحدة حيوانا ومتاعا ففسخ المشترى العقد في الحيوان خاصة لايوجب انفساخ العقد مطلقا وكون أثر الانشاء امرا وحدانيا بسيطا غير قابل للتبعيض لا ينافي ذلك لأنه ليس من الموجودات الخارجية بل انما هو امر اعتبارى و عند التحليل ينحل إلى علائق عديدة و لذا لا يبطل العقد اذا وقع على ما يصلح لتعلقه به و ما لا يصلح مع فساده بالنسبة الى الأخير .

الرابع انّ الخيار قد يثبت لعلة معلومة الجهات فيدور مدارها فلو تيسر المسلم فيه بعد ما صار متعذّرا في رأس الاجل زال الخيار و لا مجال لاستصحابه بخلاف خيار المجلس فانّه و انكان لحكمة الارفاق بحال المتعاقدين و دفع الضرر عنهما الّا انّه ليس علة يدور مداره فلا يسقط الّا باحد المسقطات فافهم .

الخامس انّ الأصل في العقود اللزوم بمعنى انّها بحسب ماهيّاتها العرفيّة مقتضية للزوم وعدم الانحلال الّا العقود الاذنية لماعرفت فالعقدة الحاصلة بانشاء المتعاقدين محكمة لا تنحلّ بمجرّد الفسخ من احد المتعاقدين بل الانحلال يتوقّف على اسباب خاصّة فالاصل هنا بمعناه اللغوى فان العقود مبتنية على اللزوم و من الأصول المسلمة عند العقلاء عدم الاعتداد باحتمال الموانع مع احراز المقتضى وليس هذا من الاستصحاب في شيء و لهذا فلو ثبت الخيار في زمان و شكّ في بقائه و لم يمكن استصحابه يحكم باللزوم مع انّ الحالة السّابقة انّما هو الجواز و القاعدة المستفادة من العمومات على تقدير تماميّتها لاتنفع في مثل المقام لأنّ العموم من حيث الافراد لاينفع في الشّك في الأزمان و الأحوال ، وقد اشار الى الأصل الذى بنينا عليه شيخنا قده حيث قال انّ الظن بوجود مقتضى المفسدة مع الشّك في وجود المانع كافٍ في وجوب الدّفع كما في صورة القطع بثبوت المقتضى مع الشّك في وجودالمانع فانّ احتمال وجود المانع للضرر او وجود ما يتدارك به الضرر لا يعتنى به عند العقلاء سواء جامع الظنّ بوجود مقتضى الضرّرام القطع به - الى ان قال: بل المدار في جميع غايات حركات الانسان من المنافع المقصود جلبها و المضارّ المقصود دفعها على المقتضيات دون العلل التّامّة لأنّ الموانع والمزاحمات ممّا لا تحصى ولاتحاط بها انتهى فهو قده كما ترى اشار إلى الأصل المزبور مع حكمة جعله و اعتباره عند العقلاء و على هذا الأصل اطباق علماء الاسلام و يعبّرون عنه بالاستصحاب وبعموم الدّليل وقد حقّقناه في الأصول بما لا مزيد عليه و بيّنّا انّ حجية الاستصحاب على خلاف ما عليه الأصحاب .

و الحاصل انّ القوم قدّس الله اسرارهم لمّا زعموا وضع الأصل في الاصطلاح للأربعة المعروفة تكلّفوا في تطبيقه في المقام عليها بوجوه ليس شيء منها بشيء امّا

القاعدة فلما عرفت من انّها لا تجرى في جميع موارد التمسّك بهذا الأصل حيث انّ الشكّ في الأحوال و الازمان لايرتفع بالدّليل المتعرّض لحال افراد العقد أوانواعه .

و امّا الاستصحاب فلما عرفت أيضاً من عدم جريانه في جميع المقامات مع انّ ظواهر تعبيراتهم كقولهم الأصل اللّزوم و لأصالة اللّزوم لا تساعد عليه وقد فسّره به الفاضل قدّس سرّه في التذكرة و تبعه غيره ، وامّا الظاهر فان اريد منه ظاهر حال المتعاقدين ففيه اوّلا انّ غرضهما ليس الّا مجرّد حصول الأثر وامّا الاستدامة فلا وثانياً انّ هذا إنّما ينفع مع امضاء الشارع و مع العلم به فلا حاجة إلى احراز بنائهم اللهمّ الّا ان يقال انّ الامضاء على الطريق المتعارف محرز فالشأن في احراز المتعارف و تميزه عن غيره وان اريد منه ظاهر حال العقد ففيه ان العقد انّما يقتضى البقآء لولا الرافع فظاهر حاله البقآء لااللزوم الّا ان يقال انّ الاقتضآء للبقاء بعد احرازه يورث الظن بالبقآء حتّى مع احتمال المانع وليس الغرض من اللزوم الّا عدم تاثير شيء في رفعه وحله فتدبّر ، وان اريد منه ظاهر حال الشّارع ففيه مع عدم مساعدة دليل عليه انّه يستلزم تعارض ادلّة الخيار مع هذا الأصل فتدبّر و ان اريد انّ الغالب في العقود اللّزوم و الظن يلحق الشيء بالأغلب ففيه انّ الغالب من الأفراد جائز لمكان خيار المجلس وغيره و غلبة الأنواع لو سلمت فالظنّ لا دليل على اعتباره و كيف كان فاستدلّوا للأصل المزبور بوجوه منها قوله تعالى في سورة المائدة « يا ايها الّذين آمنوا اوفوا بالعقود » و لنمهّد مقدّمة يتكفّل ببيان امور .

منها أنّ الوفاء انطباق ما ينبغى ان ينطبق على الشيء عليه و عدم قصوره منه. و منه وفاء الكيل و الوزن فانّه عبارة عن انطباقهما على ما يقصد استعلامه بهما من المقادير و يقابله البخس فاستيفاء الكيل عبارة عن جعله وافيا للمستوفى بما قصد منه و اعدّله و الايفاء عبارة عن جعله وافياً لغير الموفى و هذا الاختلاف على القاعدة لأنّ الأوّل مقتضى الاستفعال و الثّانى مقتضى الافعال قال الله تعالى « الذين إذااكتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون » وقال تعالى « و اوفوا الكيل و الميزان ولا تبخسوا الناس اشيائهم » و قد يوافق الايفاء الوفاء قال الله تعالى « اوفوا

بعهدی اوف بعهدكم و التفعيل كالافعال قال الله تعالى « من كان يريد الحيوة الدّنيا و زينتها نوفّ اليهم اعمالهم فيها » .

و قوله تعالى« و ابراهيم الّذى وفّى » اى وفّى سهام الاسلام امتحن بذبح ابنه فعزم عليه و صبر على عذاب قومه و اختتن فصبر على مضضه فقد وفّى عدد ما امر به اى بلغ به حدّه المامور به و اتمّه و من هذا يكنّى بالاستيفاء عن الأخذ تماما و بالايفاء عن الاعطاء كذلك و الموافات كناية عن الحضور عند الشّخص فكانّ كلّا منهما وفى بالاخر ولم يقصر احدهما عن صاحبه بالغيبة عنه و منه الحديث الحجر يشهد لمن استلمه بالموافات و لهذا يكنّى عن الحجّ بالموافات والتوفّى كناية عن الاماتة وقبض الرّوح حيث انّ الميّت يلقى ربّه والوفاء بالعهد كناية عن القيام بمقتضاه فكان الموفّى بلغ بالعهد حدّه و الغدر عبارة عن التّقاعد عنه فكانّ العهد حبل يبرم بالوفاء و ينتقض بالغدر فالغدر والنّقض ضدّ الوفاء بالعهد لامطلقاً فانّك قد عرفت انّه قد يقابله البخس و الاخسار مع انّ الوفاء في جميع الموارد بمعنى واحد سواء في ذلك المجرّد و الافعال و التفعيل والتفعّل والاستفعال والمفاعلة وان اختلف المعنى باختلاف الخصوصيّات فانّ الاماتة الّتي هي معنى التوفّى و الملاقاة الّتي هی الموافاة و الاتمام الذى هو معنى الايفاء و الوفاء بالعهد الذى هو ضدّ الغدر معانی متباينة لكنّ الموضوع له هو الجامع كما لا يخفى و بما حقّقنا يظهر انّ الوفاء كما يقوم بمن قام به العهد فقد لايقوم به بل إنّما يقوم بغيره فانّ التّكاليف عهود لا معنى لوفاء المولى بها بل إنّما الوافى بها العبد فانّ اقامة حدود الله تعالى التي هی عهوده و عدم نقضها و التعدى عنها عبارة عن الاعتداد بها و العمل عليها .

و بما حقّقنا تبيّن انّ قوله تعالى« اوفوا بعهدى أوف بعهدكم » معناها والله تعالى أعلم اعملوا بما أردته منكم ولا تتعدّوا حدودى أعطكم ما اردتم منّى لا ما قيل من انّ معناه أوفوا بما ضمنتم أوف بما ضمنت لكم من الجنّة و العهد سبق الذّكر و هو الجامع بين جميع موارد الاستعمال من اليمين و الأمان و الذمّة و رعاية الحرمة و الوصية و غيرها و العقد جعل الشیء ذا عقدة و هی الحالة المعبّر عنها في الفارسيّة

بكره و يكنّى بها عن العويصات و الغوامض لادّائه كثيراً إلى الاشكال و الغموض و صعوبة الأمر و عن الرّبط بين الشّيئين مطلقا سواء جامع الشدّ و الاحكام ام لا حيث إنّه وسيلة إليه و يستعار به عما يشبهها كالحزن المعبّر عنه بالعقدة ولا يعتبر في أصل معناه الاحكام فانّ عقد الأصبع لحساب الجمل عقد حقيقة مع انتفاء الاحكام فيه و كذا عقود الأصابع و هى المفاصل فانّها لا تمتاز عن ساير الأجزاء بالاختصاص بمزيد استحكام كعقود القصب بل الأمر فيها بالعكس و عقد القلب على الأمر كناية عن الالتزام به و العزم عليه فكانّ النفس تعرضها حينئذ عقدة كعقدة الحبل و القصب و ليس المناط هنا شدّة الالتزام .

ففى النّكاح ثلث عقد :

منها التزام الزّوجين بالزّوجيّة و هو عهد مخصوص و اطلاق العقد عليه لكون القلب معقوداً به و وجود حالة في القلب شبيه بالعقدة لا لتحقّق شدّ و إحكام الاترى أنّ الاعتقاد يتّصف بالقوّة و الضّعف و بهذا الاعتبار يشاركه كلّ ما يعقد القلب عليه من الأديان و العقود و الايقاعات و العزم على الأفعال و البيعة و غيرها .

و منها الحالة المترتبة على الانشاء فكانّ اتّصال الحبلين بعقدة بينهما فالاتصال علقة النّكاح و ما به قوامها و هو الاثر المترتّب على الانشاء عقدتها فالمعقود بالعقدة الأولى قلب كلّ من الزّوجين و بالثانيّة حبل كلّ منهما و الأوّل عقدتان متقابلتان و الثّانى عقدة رابطة بين الحبلين فمحله مجموع الطرفين و محلّ الأوّل أمر واحد كعقدة الأصبع و القصب .

ومنها تأكيدالنّكاح و توثية، لواتّفق كتاكيد الأوامروالنّواهى الالزاميّة وظهر بما حققنا انّ اطلاق العقد على عقد القلب استعارة حيث انّه شبّه ما في النفس بالعقدة و إطلاقه على الربط و التّوثيق امّامجازمرسل بذكرالسّبب و ارادة المسبّب و إمّا كناية .

ومنها انّ الجمع المحلّى باللام إنّما يفيد العموم حيث لا عهد أى لاأمر يحتمل إرادته بالخصوص منه فمجرّد تحقق ما يحتمل إرادته منه يمنع من الدّلالةعلى العموم لأنّ التحقيق انّه لم يوضع لذلك كساير التراكيب التي لا وضع لها بل إنّما ذلك

من جهة اقتضاء الاشارة التعيين ولامعيّن الّا تمام الأفراد حيث انّ الجنس ليس مراداً وكذا فرد ما أو الفرد المعيّن لمكان الجمعيّة فتعيّن جميع الأفراد حيث انّ التعيين لا يتصوّر الّا بأحد الوجوه والمفروض انتفاء ما عدا الأخير فتعيّن فاذا وجد في مقام ما يكون نسبته إلى الجمع كنسبة تمام الأفراد بان يكون معهوداً كمعهوديّته لم يختص الجمع به بل ربّما ينصرف إليه .

و توضيح المرام انّ الجمع مركّب من اسم وحرف أو مادّة و هيئة و الأخيران إنّما يدلّان على أنّ الطبيعة مرادة من حيث تحقّقها في ضمن أكثر من فردين فالحكم إنّما تعلّق بالجنس المدلول عليه بالمفرد على نحو خاصّ و هذه الخصوصيّة معنى آليّ غير مقصود الّا تبعا و ليس عنوانا للمقصود بل المعنى في الجمع هو المعنى في الفرد و إنّما الاختلاف يتحقّق بلحاظ في الجمع لم يكن في المفرد و هذا هو السرّ في كون دلالة الجمع على الآحاد بالمطابقة وكون دلالة الجمع المحلّى على الاحاد دلالة تامّة و ليس ذلك الّا لانّ المرتبة المعيّنة من العدد و هو ما فوق الاثنين ملحوظ في اسم الجمع مستقلّاً كلفظ الجماعة فانّ المجتمع من حيث هو كذلك معنى واحد للكلمة بخلاف الجمع فانّ الحكم في العلماء انّما يتم بالعالم غاية الأمر انّه لما كان يصدق على الواحد و الاثنين على نسق واحد كما هو مقتضى الكليّة و اللابشرطيّة و الحكم كان متعديّا عن الاثنين اشير بالحرف والهيئة إلى ذلك على ما هو مقتضى الآليّة فمعنى رايت رجالا رايت الطبيعة في ضمن اكثر من فردين لا الطبيعة الموجودة في ضمن اكثر من فردين فالتقييد في الحكم لا في الموضوع و ليس الفرق في الآليّة والاستقلال في المقام منحصرا في ذلك بل هذا من وجوه الفرق و لتحقيق الاليّة و بيان وضع الحروف مقام آخر .

و ممّا حقّقنا ظهر وجه قدح خروج الواحد و الاثنين في عموم الجمع من غير حاجة إلى ما تكلّفوه وان استقلال كل فرد من آحاد الجمع بالحكم ليس من جهة الانسلاخ وانّ افراد الجمع والمفرد سواء على القاعدة غاية الأمر انّ الحكم في المفرد على الطبيعة لا بشرط و في الجمع بشرط التحقّق في ضمن اكثر من فردين لا اقول أنه يعتبر في الجمع اجتماع الافراد في الحكم بل يجب ثبوته لأكثر من فردين في الجملة ألا ترى انّ قوله تعالى «إنّما الصدقات للفقراء» للعموم ومع ذلك لا يستفاد منه وجوب التوزيع حيث انّ

الثابت بالاية إنّما هو كون كلّ فقير فقير مصرفاً للزّكوة مثل سبيل الله و المؤلفة و مثله قول الموصى اعطوا ثلث مالى للفقراء أو فقراء البلد فلا يجب التوزيع بل ولا الدفع إلى الثلثة فافهم و اغتنم . هذا حال نفس الجمع و امّا اللاّم الدّاخلة عليه فانّما وضعت للاشارة إلى ما اريد من المدخول و من المعلوم انّها تستلزم التّعيين و هو في تعريف الجنس بكون الطبيعة معهودة في الاذهان و في العهد الذهنى أيضاً بمعهودية الطبيعة فاللاّم في السوق اشارة إلى فرد من الطبيعة المعهودة المعلومة بخلاف الخارجىّ فانّ معرفة الطبيعة لا تكفى في معرفتها و لذا اخرجوه عن المعرّف بلام الجنس .

و أمّا الاستغراق فكالعهد الخارجىّ لا ابهام فيه بل هو اقصى مراتب التعيين و هو مع ذلك ممّا تصلح الطبيعة لان تكون آلة لملاحظة حاله فمع انتفاء القرينة لا يستفاد من اللاّم الاّ الاشارة إلى الطبيعة باعتبار مالها من العهد في الاذهان و إذا قامت القرينة على اعتبار الوجود تعيّن العهد الذّهنى لانّه الاقرب إلى ذلك المعهود الّذى يستعان به إلى معرفته و العهد الخارجىّ لا يصار اليه إلّا بدليل يدل عليه زائداً على ذلك ولكن شىء من الاقسام المذكورة لا يحتمله الجمع فيتعيّن فيه العهد الاستغراقىّ حيث انّ الحكم تعلّق بالطبيعة بشرط الوجود في ضمن اكثر من فردين مع تعيّنه وكونه معهودا كما هو مقتضى الاشارة و المفروض انّ شيئا من وجوه العهد لا يتعقّل لمكان الجمعيّة إلّا الاستغراق فاذا اتّفق في مقام من المقامات تساوى احتمال ارادة بعض خاصّ لاحتمال ارادة الاستغراق قصر عن افادة العموم فانّه لم يكن موضوعا له حتّى لا يقدح فيه ذلك.

و منها انّ الظاهر من العهد الذى يجعله المتكلّم موضوعا لحكمه هو العهد بينه و بين مخاطبه لا ما بين المخاطب و شخص آخر .

إذا عرفت هذا كلّه فاعلم انّ الاية الشريفة لا تدلّ على ما يستدلون له بها بوجه من الوجوه بل ولا اشارة فيها اليه ولا يستشم منها رايحته بل لا يصلح لذلك بل لا يمكن ان يكون ما زعمه جمعٌ مرادا من الاية الشريفة .

أمّا عدم الدلالة فلوجوه (الاوّل) ما اشار اليه آية الله في السبق و الرماية من المختلف بعد ما نقل الاحتجاج للّزوم بقوله تعالى «اوفوا بالعقود» بقوله و الجواب القول

بالموجب فانّ الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه فان كان لازماً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم و ان كان جائزا كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجواز انتهى.

و توضيحه انّ الحكم تابع لموضوعه دائرمداره ولايعقل تغيّر الموضوع بالحكم و إلّا لزم تقدّم الشيء على نفسه وقد عرفت انّ الوفاء بالعهد العمل بمقتضاه و الغدر خلافه و الجواز عبارة عن صلوح العقد للانحلال و اللّزوم خلافه و من المعلوم وجوب القيام بمقتضى العقد الجائز مالم ينحلّ بالفسخ فكما انّ تطرّق الاقالة إلى العقود اللّازمة لا ينافي وجوب العمل بمقتضاها ما لم تنفسخ فكذا الخيار في الجائزة و جواز الفسخ في الاذنيّة و غيرها فالعمل بالمقتضى إمّا على سبيل اللزوم اى بحيث لا يمكن ازالة موضوعه و إمّا على سبيل الجواز فيصحّ أن يقال يجب العمل بمقتضى العقد على سبيل الجواز اى وجوبا يمكن ازالة موضوعه بالفسخ .

و بالجمله فغرض الفاضل قدّس سرّه الاشارة إلى انّ وجوب الوفاء اعمّ من اللّزوم و الجواز و لهذا يجامع الجواز و أنّه حكم لا يغيّر الموضوع و المادّة قاصرة عن افادة اللّزوم فظهر انّ ما اورد عليه من جهة الغفلة عن مراده وسيزداد هذا اتّضاحا .

فتبيّن انّ وجوب الوفاء لا يدلّ على وجوب الابقاء بل يجامع جواز الازالةو لهذا لا تعارض بين ادلّة الخيارات و الاية الشريفة و لو دلت الاية على عدم نفوذ الفسخ تعارضت مع ادلّة الخيارات وتمسّكهم لوجوب القبض فيما هو شرط في لزومه و لصحّة العقد الخياري بالاية الشريفة لا يتمّ إلّا على ما حقّقناه فافهم .

الثّاني انّ الوفاء لوكان بمعنى الابقاء فكونه واجبا لا يدلّ على عدم نفوذالفسخ لأنّ النهى في المعاملات لا يقتضى الفساد لو سلم كون وجوب الابقاء عبارة اخرى عن حرمة الفسخ و إلّا فالأمر اوضح فتأمل . بل تدل حينئذ على عدم اللزوم حيث انّ تعلّق التكليف بالابقاء وعدم الفسخ يدلّ على انّه مقدور للمكلّف و ليس الجواز إلّا نفوذ الفسخ الثابت بتعلق التكليف به .

الثالث انّ العهد امّا من المتكلّم إلى مخاطبه و أمّا من غيره إليه و إمّا من أحدهما إلى الغير و أمّا بين اثنين منهما و الصور كثيرة فما من شخص إلى آخرهي

الاوامر والنواهي وما بين الاثنين فهي العقود المتعارفة و ظاهر امر المولى عبده بالوفاء بالعهود هو وفاؤه بما عهد اليه مولاه بل ظاهر القضية مطلقا هو العهد بين المتكلم و المخاطب و انصراف المفرد لا ينافي عموم الجمع فالمعنى و العلم عندالله تعالى اوفوا بما عهدت اليكم من الشرع اصولاً و فروعاً ولا تنقضوا تلك العهود من بعد توكيدها و قد فسّره به في (الكشاف) حيث قال و الظاهر أنها عقودالله عليهم في دينه من تحليل حلاله وتحريم حرامه و انه كلام قدّم مجملاثم عقب بالتفصيل وهو قوله تعالى « احلت لكم » انتهى .

و عن (ابن عباس) هو ما احل و حرم و ما فرض وحدّ في القرآن كله فلاتتعدوا فيه و لا تنكثوا و قواه (امين الاسلام قده) فيما يأتي من كلامه و يؤيد هذا المعنى امور :

منها ما اشار اليه في (الكشاف) من ارتباط ما بعده به لكونه تفصيلا له و اما على غير هذا التفسير فلا ارتباط بين الكلامين و هو من الشناعة بمكان .

و منها ما اشار اليه (امين الاسلام قدس سره) و هو قوله تعالى « الذين ينقضون عهدالله من بعد ميثاقه » الى قوله « سوء الدار » .

ومنها كونها من سورة المائدة وهي على ما يقال نزلت في آخر عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم او بعد جميع السور فاكدت بها ما عهدهالله الى العباد من الاسلام والايمان و العبادات.

و منها ان المواعظ و الامر بالايمان و الثبات عليه في القرآن اكثر فهو في هذا المعنى اظهر .

ومنها خطاب المؤمنين بذلك فانّه يشعر بكفاية الايمان في الوفاء من غيرحاجة الى هذا الامر كقول المستغيث ايها المسلمون اغيثوني .

و منها تعليق الحكم على العقد فان كون العقود المتعارفة عقداً انما هو باعتبار ما يترتب عليها من الربط بين الحبلين لا باعتبار التوثيق ولهذا تعم العقود الاذنية التي لا يتوهم فيها جهة توثيق فان اطلاق العقد عليها ليس مجرد اصطلاح من الفقهاء بل هي في العرف و اللغة عقود قطعاً كالبيع مع ان اللزوم ليس توثيقاً في العهد بل انما هو

قوة و شدة في العقدة الواقعة على الحبلين الرابطة بينهما فمحل العهد هو نفس العاهد و توثيقه تأكيده فهوصفة لوصف العاهد و العقدة صفة في الحبلين وكونها بحيث لاتنحل المعبرعنه باللزوم ليس من توثيق العهد في شيء فكون الموفى به عقداًله دخل في الحكم من جهة التوثيق والتأكيدفكأنه تعالى يقول إن هذه العهود المؤكدة مستغنية عن التأكيد و الوعظ في بعثها لكم على القيام بها .

و منها ما عرفت من نقل التفسير به عن (ابن عباس) و ارتضاء المفسرين له .

و اما ما في تفسير (على ابن ابراهيم) عن (الصادق عليه السلام) من ان المراد بها العهود فلاينافى ذلك بل يوافقه و يؤيده لما عرفت من ان العقد له اطلاقات باعتبارات مختلفة ، والامر بالوفاء لا يلايم ارادة العهود الموثقة و اما خصوصية العهد فالرواية الشريفة ساكتة عنها و ليست بصدد بيانها .

الرابع ان الاية الشريفة مفسرة بان المرادبها العهود العشرة التى اخذها النبى صلى الله عليه وآله لخلافة امير المؤمنين عليه السلام فعن القمى عن الجواد عليه السلام أن رسول‌الله صلى الله عليه وآله عقد عليهم لعلى عليه السلام بالخلافه في عشرة مواطن ثم انزل‌الله تعالى « يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » التى عقدت عليكم لامير المؤمنين عليه السلام وليس سياقه سياق التأويل بل الظاهر منه بيان التنزيل بل هو صريحه ، ولا يقدح فيه عدم ارتباط ما بعدها بها لما حققنا في كشف الاستار من امكان التحريف بل وقوعه فعلى هذا يؤيد هذا التفسير عدم الارتباط فتدبر .

الخامس ان الجمع المحلى على ما عرفت لم يوضع للعموم و انما يفيده حيث لم يحتمل ارادة شيء مثل احتمال ارادة الاستغراق فاحتمال ماعن (ابن عباس) و ما في تفسير القمي يكفى في عدم ظهور الآية فيما راموه فلااقل من الاجمال القادح في الاستدلال واما عدم الصلوح فلان ارادة خصوص العقود المقابلة للايقاعات بديهى الفساد وارادة مطلق العقود الشامل للاحكام الشرعية التى هى العقود الا لهية والعقود المعهودة استعمال للفظ في اكثر من معنى واحد حيث ان وفاء العبد باحكام المولى و ما عهد اليه كناية عن امتثال احكامه ، و وفاءه بعهد نفسه عبارة عن القيام بمقتضاه و هما معنيان

متغايران واعتبار الجامع وهو مطلق الوفاء بمطلق العهد من الاغلاط حيث ان الاشتراك انما هو في اللفظ لا في المعنى لا اقول ان العهد ليس مشتركاً معنوياً بين عهد المولى الى العبد و عهد نفسه و لا ان الوفاء ليس عبارة عن مطلق انطباق ما ينبغي ان ينطبق الشيء عليه الجامع بين الوفاء بعهد المولى و عهد النفس و لا ان للوفاء بالعهد وضعاً عليحدة حتى يختلف المعنى باختلاف الوضع بل اقول ان الخصوصيات ملحوظة لامحالة في هذه المجازات فامتثال الاوامر والنواهي انما يراد من وفاء العبد بعهود مولاه بلحاظ كون العاهد آمراً و ناهياً و كون العمل بها وظيفة للمأمور و الصحة و اللزوم انما ينتزعان بلحاظ كون العهد بين المتعاقدين وكون متعلقه الامور الوضعية المستتبعة للآثار التكليفية فاذا كانت الخصوصيات ملحوظة في الاستعمال امتنع ارادة المعنيين اذ لا جامع بين الخصوصيتين و مجرد وجود الجامع غير مجد .

و بالجملة فكما انه لا جامع بين قولك اطيعوا الله ورسوله و بين قولك الاصل في العقود الصحة و اللزوم فكذا بين ما يكنى به عنهما بالتقريب المتقدم و عليك بالتأمل التام فان المراد لا يكاد يتضح الا للاوحدي من العلماء الاعلام فان النظر البدوي يقضي بوجود الجامع بالضرورة و الله الموفق، هذا مجمل القول في عدم الدلالة و عدم الصلوح .

واما المرحلة الثالثة وهو استحالة ارادة الصحة و اللزوم من الاية الشريفة فلان العقد على ما عرفت انما يطلق على مثل البيع لكونه ربطاً بين الحبلين فالنكاح هو الربط بين الزوجين الحاصل بالانشائين و عقدته هو الذى به الارتباط كما في الحبلين المرتبطين و الانشاء النفساني سبب لحصولها و الصيغة آلة للانشاء فالعقد يطلق ابتداء على ذلك الربط تشبيهاً له بما يحصل بعقدة الحبلين فانه عقد حقيقة بالمعنى الاسمي الحاصل من المصدر والانشاءان انما يطلق عليهما العقد من جهة كونهما سبباً له و الصيغة لكونها آلة لهما فالنكاح في قوله ﷺ (النكاح سنتى) و البيع في قوله تعالى « احل الله البيع » مثلا عبارة عن نفس الربط المخصوص و من هذا تبين ان العقود الجائزة و اللازمة في إطلاق العقد عليها عرفاً ولغة على نسق واحد وان دعوى خروج العقود الاذنية الابية عن

اللزوم بحسب الذات عن العقود فاسدة ناشئة عن توهم عدم تحقق الاستيثاق فيها دون البيع و نظرائه .

و انت ترى ان اطلاق العقد على تلك العقود ليس بهذا الاعتبار بل انما هو باعتبار تحقق الربط المشترك بينها و الربط لا معنى للوفاء به و نقضه لانه كساير الامور الواقعية من الاعتباريات و المتاصّلات لايقال لترتيب آثارها عليها وفاء و لهذا التزموا بان العقد في الاية الشريفة هو العهد الموثق و ورد التفسير به عن اهل الذكر عليهم السلام فاذا لم يكن البيع و ماضاهاه عهداً بالتقريب المتقدّم لم يصح الامر بالوفاء بهما. هذا اذا كان المراد من الاية الشريفه نفس الربط و اما لو كان المراد الانشاء القائم بالنفس فهو وان امكن ان يدّعى كونه عهداً الا انه ليس موثقاً و عدم انحلال العقدة الحاصلة به ليس مستنداً الى توثيقه بل ذات العقدة مما يصعب انحلالها بعد حصولها في مثل البيع و الا فانشاء المبادلة و التمليك في البيع و الهبة على نسق واحد .

و بالجملة فقوة العقدة و ضعفها لا يستندان الى توثيق العهد و عدمه بل الى اختلاف طبيعة العقدة فافهم و في العوائد على الاستدلال بالاية الشريفة ايرادات فاسدة منها ما محصله ان الجمع المحلى باللام و ان كان مفيداً للعموم الا ان وجود ما يحتمل الصارفية قادح في التعويل على اصالة الحقيقة فضلا عما يظن كونه قرينة وتلك الاية في سورة (المائدة) و هي على ما ذكره المفسرون آخر السور المنزلة في اواخر عهد النبى صلى الله عليه وآله و لا شك ان قبل نزولها قد علم من الشارع وجوب الوفاء لطائفة جمة من العقود كالعقود التى بين الله سبحانه و بين عباده من الايمان به و برسله و كتبه و الاتيان بالصلوة والصيام والحج والجهاد وغيرها بل بعض العقود التى بين الناس بعضهم مع بعض كالبيع والنكاح و الاجارة والرهن و امثالها و تقدم طلب الوفاء بتلك العقود يورث الظن لارادتها من قوله اوفوا بالعقود خاصة او يصلح قرينة لارادتها فلا يمكن التمسك باصالة الحقيقة في ارادة جميع الافراد من الجمع المحلى مضافاً الى ان قوله تعالى « احلت لكم بهيمة الانعام » الى آخره تفصيل لبعض العقود ايضاً كما مر في كلام بعض المفسرين و هذا ايضاً مما يضعف الحمل على العموم ، و ايضاً ارادة العموم يستلزم الجمع بين

التاسيس و التأكيد و هو غير جائز .

و فيه اولا ان الجمع المحلى على ما عرفت ليس موضوعاً للعموم و لهذا لا يفيده بمجرد تحقق ما يصلح للارادة و هو المقصود من العهد المعتبر انتفائه في افادة العموم كما لا يخفى على الخبير .

و ثانياً ان التفصيل المزبور في الظواهر كالتفصيل بين الشك في عروض القادح و قدح العارض في اعتبار الاستصحاب ضعيف و ان استحسنه (شيخنا قده) و المتكفل بتحقيقه كشف الاستار .

و ثالثاً ان القادح على هذا المذهب سبق طائفة من العقود كالاوامر و النواهي فيتم المطلوب وان لم يرد الامر بالوفاء بها مع ان تقدم الامر بالوفاء بها ممنوع والامر بالصلوة و الصيام الذى هو عين العهد غير الامر بالوفاء بها و كذا العلم بصحة البيع من نحو قوله تعالى « احل الله البيع » ليس من عهد الامر بالوفاء بالبيع في شيء .

و اما ما اورد عليه مما يبلغ عشرة ففى غاية الضعف و منتهى الوهن لايخفى شناعتها على اصاغر الطلبة و يظهر بعض ما فيه مماسيأتى انشاءالله تعالى .

و منها ما محصله ان الحمل على العموم يستلزم الجمع بين التأسيس والتأكيد في استعمال واحد و هو كاستعمال المشترك في اكثر من معنى حكماً و مبنى .

و فيه ان كون الحكم تأكيداً او تأسيساً ممالا يراد من اللفظ بل لا يمكن ان يستعمل فيه لانهما امران ينتزعان من كون الحكم مسبوقاً بمثله و ارتجاله الاترى ان قولك اقم الصلوة المسبوق بمثله لا يراد منه في الدفعتين الامعنى واحد مع ان الاول تأسيس و الثانى تأكيد وكذا الحال في المفردات فان قولك زيدزيد لايرادمنه الا ما يراد من قولك زيد فمعنى زيد شيء واحد و معنى كونه تأسيساً عدم سبق مثله عليه و معنى كونه تأكيداً كونه مسبوقاً بمثله و هذان مما يلحقان الاستعمال فكيف يستعمل فيهما اللفظ فافهم .

و منها ان اعتبار الاستيثاق في معنى العقد مما اتفقوا عليه و المتيقن منه هو اللزوم الشرعى فلا يمكن التمسّك بالاية الا لنفى الشرطية و المانعية في العقود

اللازمة واصالة العدم مغنية عنه ولو قلنا بكفاية التوثيق العرفى فلا ينفعهم اصلا لانهم يريدون اثبات لزوم مثل قول المتعاقدين عاوضت فرسى مع بقرك من الموجب و قبلت المعاوضة من القابل لو لم نقل بكونه بيعاً و مثل ايجاب اسقاط حق الرجوع بعوض او صلحه لو لم ندرجه في عموم الصلح و امثال ذلك و نحن لا نسلم التوثيق في امثال ذلك عرفاً لولااللزوم الشرعى بل هو نفس العهد و توثيقه وصيرورته عقداً انما يكون باقتران امرآخر معه يوجب توثيقه شرعاً او عرفاً ومع الثبوت الشرعى لا احتياج الى التمسك بالاية ولايتوهم ان بناء المتعاقدين وقصدهم عدم الرجوع و تكلمهم بلفظ قاصداً منه البقاء على مقتضى العقد لا يكون توثيقاً له لان ذلك هوالعهد اذ ما لا يقصد فيه الاتيان به البتة ليس عهداً فحصول التوثيق يحتاج الى امرآخر و على المستدل اثبات التوثيق عرفاً .

و فيه اولا ان اعتبار الاستيثاق الشرعى في العقد واضح الفساد على تقدير ارادة مثل البيع لان عدم صلوح العقد للفسخ بحكم الشارع عهدمن الشارع وحكم من احكامه و نفس العقد عهد بين المتعاهدين و لا يصير العهد موثقاً الامن صاحبه و منع الغير من حله لا يجعله موثقاً فان انضمام عهد من شخص الى عهد من آخر لايغيره ولا يجعله شديداً بعد ما كان ضعيفاً .

و بعبارة اخرى توثيق العهد عبارة عن شدة اهتمام صاحبه به كعهدالله تعالى الى بنى آدم ان لا يعبدوا الشيطان و عهده تعالى اليهم ان يقيموا الصلوة .

و اما لولم يكن نفس العهد موثقاً فلا ينفع في توثيقه انضمام عهد موثق اليه من غير العاهد الاترى انه لو نذر الولد امتثال امر والده في اوامره الندبية وجب عليه امتثالها شرعاً و مع ذلك لا يصير عهد الوالد موثقاً .

وبالجملة فرق بين عدم نفوذالفسخ بحكم الشارع مع صلوح العقد في نفسه لذلك لعدم توثيقه وبين كونه بحيث لاينفسخ لكونه بحيث لا يتطرق اليه الفسخ وهذه الحيثية توثيق في العهد، هذا بناء على التنزل و المماشاة والافعدم الصلوح للانحلال ليس من توثيق العهد في شيء كما سيتضح انشاء الله تعالى .

و ثانياً ان عدم تحقق التوثيق العرفى في مثل عاوضت فرسى مع بقرك ممنوع فان المعاوضة من حيث هى مبتنية على اللزوم عرفاً و كذا الاسقاط بالعوض و صلح حق الرجوع و امثالهما و المناط نوع المعاملة فتدبر.

وثالثاً ان ماجعله من الفروع غير متفرع على الاصل المزبور لان عاوضت فرسى مع بقرك ان كان القبول فيه كالايجاب بحيث يكون كل من الموجب و القابل موجباً من جهة و قابلاً من اخرى كان صلحاً و الا كان بيعاً .

و بعبارة اخرى لو كان كل من الفرس و البقر في نظر المتعاملين في عرض الاخر فيكون مركباً من انشائين مستقلين فلا يتميز الموجب من القابل وان اشتمل صورة على الايجاب و القبول كان صلحاً و ان كان احدهما مقصوداً بالذات للمتعاملين و الاخر بالتبع كان بيعاً .

الاترى ان بايع الخبز غرضه نقله الى المشترى والمشترى غرضه تملكه على الوجه المخصوص فصحة هذه المعاملة و لزومها مما لا اشكال فيه و ليست معاملة مستقلة قطعاً فان امتياز المعاملات ليس باختلاف العبارات و من اراد توضيح الحال فعليه برسالتنا المعمولة في الصلح فقد تكفلت بحمدالله تعالى لكشف الاستار عن وجه الاسرار .

و رابعاً انه لا توثيق اعظم من بناء المتعاقدين و قصدهم عدم الرجوع بل لامعنى لتوثيق العهد في المقام الاذلك على ماهو مرامهم فقوله ولا يتوهم ان بناء المتعاهدين الخ فيه مالا يخفى .

و من العجب قوله بعد ذلك لان ذلك هو العهد الخ فان نفس العهد غير البناء على عدم الرجوع عنه و عدم حله المفروض تحققه فاللايق منع الصغرى فافهم .

و منها ان للعهد معانى متكثرة كالوصية و الامر و الضمان و اليمين و غير ذلك وشيء منها لايصدق على ماهم بصدد اثبات لزومه او صحته في المباحث الفقهية و لوسلمنا ان للعهد معنى يلائم ذلك ايضاً فارادة ذلك المعنى من العهد الذى هو معنى العقد في الاية غير معلوم بل لاسبيل الى اثباته فيمكن ان يكون المراد من العقود الوصايا الالهية الموثقة اى المشددة في ثبوتها اى التكاليف اللازمة فانها وصايا منه سبحانه الى عباده كما ورد في

الايات المتكثرة كقوله سبحانه « و وصينا الانسان بوالديه حسناً » و « ذلك ما اوصينا به آدمو نوحاً » (!!) الى غير ذلك ويمكن ان يكون المراد به مطلق الوصايا و يمكن ان يكون منها الاوامر و الأيمان والضمانات و بالجملة اثبات كون المراد من العهود المأخوذة فى معنى العقود في الاية معنى يصدق على مثل عاوضت فرسى ببقرك امرمشكل جداً و بدون ذلك لا يصح الاستدلال بالاية فيما هم بصدده .

و فيه ان مبنى الاستدلال على عمومية الجمع المحلّى و أن العهد مشترك معنوى بين موارد اطلاقه و من المعلوم انه ليس مشتركا لفظيا و الذى يظهر منه انه توهم من عداللغويين تلك المعانى للعهد انها معانى متغايرة وهو معلوم الفساد فان اكثر ما يذكره اللغويون مصاديق للمعنى الحقيقى او معانى مجازية اوكنائية كما لا يخفى على من له خبرة نعم للمناقشة في العموم وجه وجيه قد حققناه آنفا .

و منها ان معنى العقد لغة الجمع بين الشيئين بحيث يعسر الانفصال بينهما و المراد في الاية معناه المجازى فيتسع دائرة الكلام و مجال الجدال في التمسك بالاية كما لا يخفى .

وفيه ان الامر بالوفاء قرينة لارادة العهود وقدورد التفسير بها في صحيحة (ابن سنان) المروية عن ابى عبدالله عليه السلام و لابد من اعتبار الاستيثاق فيها تحقيقاً للعلاقة المصحّحة

ومما حققناه ظهر بعض ما فيما افاده (شيخنا قدس سره) حيث قال بعد ما ذكر الاية الشريفة والمراد بالعقد مطلق العهد كما فسر به فيصحيحة (ابن سنان) المروية في تفسير (على بن ابراهيم) او ما يسمى عقداً لغة وعرفاً و المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب دلالته اللفظية نظير الوفاء بالنذر فاذا دل العقد مثلا على تمليك العاقد ماله منغيره وجب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار ملكية ذالك الغير له فاخذه من يده بغير رضاه والتصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد فهو حرام فاذا حرم باطلاق الاية جميع مايكون نقضاً لمضمون العقد و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضى صاحبه كان هذا لازماً مساوياً للزوم العقد و

عدم انفساخه بمجرد فسخ احدهما فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي اعني فساد الفسخ من احدهما بغير رضى الاخر وهو معنى اللزوم بل قد حقق في الاصول ان لا معني للحكم الوضعي الا ما انتزع من الحكم التكليفي و مما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل من ان معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز فلا يتم الاستدلال به على اللزوم .

توضيح الضعف ان اللزوم والجواز من الاحكام الشرعية للعقد وليسا من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع نعم هذا المعنى اعنى وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه يصير بدلالة الاية حكماً شرعياً للعقد مساوياً للزوم .

وأضعف من ذلك ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الاية على اللزوم مع الاعتراف باصل الدلالة لمتابعة المشهور و هو ان المفهوم من الاية عرفا حكمان تكليفى و وضعى و قد عرفت ان ليس المستفاد منها الاحكم واحد تكليفى يستلزم حكما وضعيا انتهى .

و فيه للنظر مواطن كثيرة نشير الى بعضها على سبيل الايجاز .

منها قوله والمراد بالعقد الى قوله والمراد بوجوب الوفاء. فان مقابلة ما في الصحيحة مع ما في اللغة والعرف لا محصل له لان العهد ليس معنى شرعياً للعقد و ليس اخص مطلقا منه ايضاً كما انه ليس تاويلا في الاية و انما تكفلت الروايه بتوضيح المعنى العرفي حيث ان المعنى الحقيقى على ما عرفت غير مرادهنا جزما و المجازات متعددة و المتعين في المقام بقرينة تعلق الامر بالوفاء به هو العهد لما عرفت من ان العقد ليس له معنى يصلح لذلك الا العهد والعهد انما يكون معنى للعقد اذا شابهه في التوثيق فالرواية و ان خلت عن التعرض للعلاقة الا ان اعتبارها واضحة فالمحتاج الى البيان انما هو تعيين نوع المعنى و اما مثل تلك الخصوصية فلوضوحها غنية عنه فلا تدل الرواية الا على ما فهمه منها اللغويون و المفسرون و يساعد عليه العرف و اللغة و كانه قدس سره زعم ان الرواية تدل على ان المراد بها العهود مطلقا و ان لم تشتمل على التوثيق و هو

من الوهن بمكان .

و منها قوله و المراد بوجوب الوفاء الخ .

فان ما افاده من ان المراد العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب دلالتهاللفظية نظير الوفاء بالنذر مع ما فيه من ان الوفاء باللفظ لا معنى له و ليس الاخذ بالمدلول وفاء باللفظ، ان ما فرعه عليه بمكان من الضعف و السقوط لان البيع مثلا لايشتمل على التزام بفعل كالنذر حتى بالالتزام لان البايع انما يعقد قلبه على تبديل المبيع بالثمن و المشترى يعقد قلبه على التبدل فالملتزم به انما هو البدلية المترتبة عليه الاحكام الوضعيه لاالافعال الاختيارية المتعلقة بهاالاحكام التكليفية و ان شئت قلت ليس البيع الا انشاء تمليك المال بعوض و لا فرق بين البايع و غيره الا في انتقال المبيع منه الى المشترى دون غيره واما حرمة الحيلولة بين المشترى و المبيع فالناس فيها شرع سواء بل يجب على كل احد تمكين كل مالك من ماله فوجوب ترتيب آثار الملك من حرمة الاخذ من يده بغير رضاه والتصرف فيه كذلك حكم تكليفى مترتب على الملكية سواء كانت مسببة عن البيع او الميراث اوالحيازة وليس توجه هذا التكليف الى البايع من جهة التزامه بالبدلية او بالعمل بما يترتب عليها من الاحكام التكليفية بل انما هو من جهة تحقق الملكية مع ان استلزام الالتزام بالملكية الالتزام بامتثال مايترتب عليها من الاحكام التكليفة مما يكذبه العيان و الوجدان ضرورة امكان عزم البايع على غصب المبيع من المشترى و عدم منافاته للبيع فاخذه من يده بغير رضاه ليس نقضاً لمقتضى الالتزام بالملكية فلا دلالة للاية على حرمته و لو سلم فالاية انما تدل على وجوب ترتيب آثار الملك على المبيع مادام العقد باقياً ضرورة توقف الحكم على الموضوع و المعلول على العلة .

فالدليل المثبت للحكم لا يصلح لان يتعرض لثبوت العلة و الموضوع مع ان المتعاقدين لايلتزمان بعدم ترتيب آثار الفسخ عليه حال العقد بالضرورة و وجوب الوفاء فرع العهد .

و الحاصل ان الاية لا تصلح لان يتعرض للفسخ بان تحكم بوجوب ترتيب آثار

الملكية بعده ايضا حيث ان الوفاء بالعهد يدور مداره و ليس ترتيب آثار الفسخ عليه من النقض و الغدر في شيء فلا التزام للمتعاقدين بترتيب آثار العقد بعد الفسخ .

فظهر بما حققناه ما في قوله فاذا حرم باطلاق الاية جميع ما يكون نقضاً الخ . فان التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه انما تكون نقضاً لو لم يؤثر الفسخ و بقي العقد على حاله و المفروض ان الاية انما تدل على حرمة النقض و وجوب الوفاء و اما عدم الانفساخ بالفسخ وتحقق موضوع النقض فلا يمكن ان تدل عليه الاية الدالة على الحكم بتلك الدلالة و ما استدل به لذلك من ان العاقد التزم بعدم التصرف حتى بعد الفسخ ، ووجوب الوفاء به اسقاط للفسخ عن التأثير قد عرفت ما فيه من ان الواقع خلاف ذلك فان الشخص لو التزم بذلك فانما يلتزم به من جهة استتباع الملكية له لا مطلقاً فلا يعقل التزامه به مع زوال الملكية بالفسخ .

ان قلت لسنا نقول بانه التزام بعدم التصرف مع زوال الملكية بل انما التزم بعدم التصرف في هذا المال حتى بعد صدور ما يكشف عن الفسخ منه من فعل وقول و وجوب الوفاء بذلك العهد شرعاً لا ينفك عن اسقاط الفسخ عن التأثير كما ان الالتزام بعدم الرجوع في العدة بصلح و نحوه يسقطه عن التأثير عند بعضهم .

قلت سقوط الاسباب عن التأثير بالالتزام بترك ترتيب الاثر من جهة وجوب الوفاء بالعهود وغيره ممالا يكاد ان يلتزم به متفقه فضلا عن فقيه والافلو التزم بالنذر او اليمين او الصلح او الشرط بعدم ترتيب آثار الملكية على ما يملكه بالبيع او الارث مثلا لزم ان لا ينتقل اليه مع تحقق السبب و كذا لو التزم مشترى الحيوان بان لا يترتب آثار الفسخ لو فسخ في الثلثة بنذر و نحوه من غير ان يؤل الى اسقاط الخيار لزم ان لا يؤثر الفسخ وهو بديهى الفساد .

مع ان الالتزام بعدم التصرف بعد الفسخ اما من جهة ان وجوده كعدمه في نظر العاقد فلم يلتزم في الحقيقة الا بترتيب آثار ملكية صاحبه ما دامت باقية و قد عرفت انه غير مجد في المقام .

و اما من جهة البناء على عدم التصرف في ماله الراجع اليه بالفسخ النافذ باعتقاده

و هو تحريم للحلال ولا تصلح ادلة الشروط و الصلح و الاية الشريفه و غيرهما لتنفيذه على ماحققناه في رسالتنا المعمولة في الصلح .

و بالجملة فدعوى ان البيع متضمن للالتزام بعدم ترتيب آثار الفسخ عليه و ان الاية الشريفة تدل على وجوب القيام بمقتضاه و انه يستلزم سقوط الفسخ عن التأثير، من العجايب مع ان لزوم البيع لو كان معمولا لالتزام المتبايعين بعدم ترتيب آثار الفسخ عليه وجب ان لا يتحقق فيما لو صرّحا حال العقد بخلافه بان يقولا انا انما نحدث المبادلة و نلتزم بآثارها مادامت باقية و لعلنا يبدو لنا الفسخ بعد ذلك فلا نلتزم الان بعدم ترتيب آثاره عليه و هو مما لا يكاد يلتزم به احد .

و منها قوله بل قد حقق في الاصول ان لا معنى للحكم الوضعى الخ

فان التحقيق خلاف ذلك و تحقيق المسئلة وان كان خارجاً عما نحن فيه و لكن لا بأس بالاشارة اليه لكونه من العويصات و اشتباه الامر على اهل العصر .

فنقول و بالله الاستعانة و منه الاغاثة و الاعانة: ان الاحكام الشرعية باسرها امور اعتبارية انتزاعية سواء كانت تكليفية ام وضعية ضرورة ان الفعل انما يتصف بالوجوب مثلا قبل وجوده و ثبوت الشيء للشيء فرع ثبوت المثبت له فتوقف ثبوت العرض على عدم موضوعه من اقوى الشواهد على اعتباريته و جعل الامر الاعتبارى انما هو بجعل منشأ انتزاعه فكون الفعل بحيث لو سئل المولى عنه لأمر به أو نهى عنه راجع الى المولى فان اراد ان يجعل الواجب حراماً و الحرام واجباً لفعل فهذه نسب ثابتة في نفس الامر بمعنى كونه ظرفاً لأنفسها لا لوجودها اختيارية للمولى مثلا ولا ينحصر انتزاعها في ثبوت خطاب متعلق بها بل يمكن تحققها حتى مع غفلة المولى عنها فان حقيقة الوجوب مثلا عندنا كون الشيء بحيث لو سئل عنه لامر به وان لم يصدر خطاب ولا طلب بل و لم يتحقق تصور للواجب من الامر، الاترى ان العبد التارك لانقاذ المولى عاص له وان لم يخطر ببال المولى غرق حتى يأمر بانقاذه على تقديره .

و بهذا يعلم كيفية تعلق الاحكام الشرعية بالمكلفين في امثال زماننا مع انقطاع الوحى و عدم شمول الخطابات للمعدومين على ما هو مذهب المحققين فان ثبوت الحكم

في نفس الامر لايتوقف على الانشاء بل ربما يتحقق الحكم قبل الانشاء وذلك لايخرجه عن كونه انشاء فالوجوب قد يحدث بالطلب الحتمى لا انه لايتحقق الابه و هذا من الاسرار التى كشفت عنها الستر في الرسالة المعمولة في التعارض فجعل الحكم التكليفى بجعل منشأ انتزاعه ومن المعلوم انه باختيار المكلف ـ بالكسر ـ فان كون الفعل بحيث يعاقب الشخص عليه او يثاب ليس الشخص فيه مضطراً بالضرورة هذا حال الاحكام التكليفية .

و اما الوضعية فهى ايضاً اعتبارات اختيارية الاترى ان اعتبار الصلوة مركبة من عشرة اجزاء مثلا باختيار الشارع و اعتباره و من المعلوم عند غير (البا قلانى) ثبوت الماهيات الجعلية للعبادات لابمعنى صدور الاحكام التكليفية منه فانه ممالاينكره القاضى ايضاً بل بمعنى اعتبار الافعال المتعددة فعلا واحداً وجعل المجموع كلا والاحاد اجزاء كما هو الحال في الفنون ، فان النحو عبارة عن مسائل تجمعها جهة واحدة باعتبارها اعتبرت فناً واحداً فهذه ماهية جعلية و كذا الحال في الكتب و الدواوين فذهاب من يعترف بثبوت الماهيات الجعلية الى ان جزئية السورة للصلوة مثلا ليس الا وجوبها فيها من الغرايب و منه يظهر حال الشرطية و المانعية فان اعتبار ارتباط الصلوة بالطهارة الخارجة عن حقيقتها كاعتبار ارتباطها بالفاتحة الداخلة فيهاغير الحكم التكليفى المتعلق بها فانه اعتبار في الموضوع و لا محالة تكون مقدماً على الحكم ، نعم يمكن ان يجعل قيداً للطلب فحينئذ يتأخر بل التحقيق انها جهات الفاعل كالطهارة و الاستقبال اعتباريات خارجية متأخرة عن اصل الجعل و ان كانت وضعية و لهذا يثبت في حق الصبى مع عدم ثبوت الحكم التكليفى في حقه واماسببية الشيء للحكم التكليفى كالدلوك لوجوب الصلوة فهى عبارة عن تأثيره و دخله في انتزاع الحكم التكليفى و تحققه في نفس الأمر و كما أن نفس الوجوب بجعل الشارع بالمعنى الذى اشرنا اليه فكذا دخل الدلوك فيه ايضاً فان للشارع ان لا ينيط حكمه به لانه ليس مجبوراً و ملجأً الى ذلك الحكم على هذا التقدير .

و اما السببية للموضوعات كالعقد المورث لتحقق الملكية و الزوجية فمغايرتها للتكاليف في غاية الوضوح حيث انها ايضاً مما يعتبره من ليس له حكم تكليفى ايضاً

كالعرف فان رمى الحصاة عندهم كان مفيداً للنقل ولكن الشارع منع منه و تقريره اسببيه الصيغة لا يجعلها تكليفاً بل انما نسبة الشارع في هذا الاعتبار الى هذه الامور كنسبة العرف اليهافالملكيةالتى هى ربط بين المالك والمملوك قد تحصل بالارث وقد تحصل بالعقد فكما ان الابوة من الامور الواقعية التى لا يتوهم كونها من الاحكام التكليفية فكذا الملكية والزوجية وتاثير الاسباب في تحققها ليس الا كونها منشأ لانتزاعها وليس حال اعتبار الشارع الاكحال اعتبار اهل العرف واما الصحة والفساد فها اعتباران تابعان لبعض الاعتبارات الاخر لان استجماع الشيء للاجزاء و الشرايط عبارة عن الصحة و الفساد عبارة عن الاختلال، فهما لا يستقلان بالجعل بالضرورة .

و اما الحدث و النجاسة كالطهارة فهى ايضاً اعتبارات موجبة للاحكام التكليفية لا انها عينها .

ان قلت ان النجاسة من الصفات الواقعية التى لا يعقل اناطتها باختيار الشارع و كونها اعتبارية لا يستلزم ذلك الاترى ان الفوقية امر اعتبارى ولا يعقل تشريعها وكذا الابوة و منه يظهر حال الحدث و الطهارة غاية الامر ان هذه الصفات مما لا يطلع عليها الا الشارع و لهذا صارت توقيفية و ان ابيت الا عن كونها منشأة مجعولة فليست الاعبارة اخرى عن الاحكام التكليفية .

قلت ان اعتبار تلك الاوصاف ليس الا كاعتبار المالية في الدراهم و الدنانير المسكوكة فان المالية من الامور الواقعية التى لا يعقل اناطتها باختيار الشارع من حيث هو كذلك و يترتب عليه الاحكام العقلية و العرفية و الشرعية و مع ذلك فهى منوطة باعتبار السلطان و وقوع السكة الكاشفة عنه فتختلف القيمة الواقعية باختلاف اعتبار السلطان فهذه الصفات ايضاً منوطة بجعل الشارع فيجعل الغسالة طاهراً والماء القليل الغير المستعمل في التطهير بملاقات النجس نجساً ولا ينافى هذا تبعية الاحكام للمصالح والمفاسد حيث انها انما تتبع ما فيها لا ما تعلقت بها على ما هو التحقيق الا ترى ان الشارع لم يجعل الحديد نجساً مع مساواتها لساير الاعيان النجسة في القذارة كغسالة الاستنجاء و ليس هذا عفواً حقيقياً و ان جاز التعبير به عنه مع ان النجاسة ليست عبارة عن المفسدة الكائنة في

شيء قطعاً غاية الامر انها علة مقتضية لهافليست النجاسة الاكالملكية فان الحيازة والاحياء و الارث سبب لحكم الشارع بالملكية و انشائه اياها الاترى ان كون الصدقات للمؤلفة بجعل الشارع فدخولها في ملكهم بعد القبض انما هو باعتباره و تشريعه و حقيقة انشاء الملكية والطهارة اعتبار تشريعي كاعتبار المالية للاثمان المنوطه باختيار السلطان فكما ان اعتبار الملكية من اهل العرف ليس انشاء لحكم تكليفي بالضرورة فكذا اعتبار الشارع و عدم انفكاكه منها و استتباعه لها لا يدل على الاتحاد بل الاستتباع من اقوى الادلة على المغايرة فان الشيء لا يكون موضوعاً وحكماً وعلّة و معلولا معا بالضرورة .

و مما حققناه يظهر حال ساير الاحكام الوضعية ككون الشخص محرما و محلا و كون مكان حرماً وغيره حلا ، والى ماحققنا اشار (السيد المحقق البغدادي) في شرحه على (الوافية) تعريضاً على (السيد الصدر) بقوله و اما من زعم ان الحكم الوضعي عين الحكم التكليفي على ما هوظاهر قولهم ان كون الشيء سبباً لواجب هوالحكم بوجوب الواجب عند حصول ذلك الشيء فبطلانه غني عن البيان اذالفرق بين الوضع و التكليف مما لا يخفى على من له أدنى مسكة ، و التكاليف المبتنية على الوضع غير الوضع و الكلام انما هو في نفس الوضع و الجعل والتقرير .

و بالجملة فقول الشارع دلوك الشمس سبب لوجوب الصلوة والحيض مانع منها خطاب وضعي وان استتبع تكليفاً وهو ايجاب الصلوة عند الزوال وتحريمها عندالحيض كما ان قوله تعالى « اقم الصلوة لدلوك الشمس » و (دعي الصلوة ايام اقرائك) خطاب تكليفي و ان استتبع وضعاً و هو كون الدلوك سبباً و الاقراء مانعاً .

و الحاصل ان هناك امرين متباينين كل منهما فرد للحكم فلا يغني استتباع احدهما للاخر عن مراعاته و احتسابه في عداد الاحكام انتهى .

ولقد اجاد حيث حكم بكون توهم الاتحاد واضح الفساد وان الفرق بين الوضع و التكليف مما لا يخفى على من له ادنى مسكة و قد اشار الى ان الحكم الوضعي قد يكون بجعل العرف واعتباره فيقرره الشارع كسببية الصيغة للملك والزوجية وقد يكون بانشائه كجزئية الفاتحة وشرطية الطهارة وايضاً قدافاد ان الاعتبار الوضعي قد يتبع الاعتبار

التكليفي وقد يستتبعه وهو ايضاً كذلك فان الشارع قد يأمر بالصلوة عند الدلوك وهذا حكم تكليفي يستتبع اعتباراً وضعياً و هو سببية الدلوك للوجوب يعني ان الاعتبار التكليفي ملحوظ استقلالا و الوضعي تبعاً ، و قد يكون بالعكس بان يقول جعلت الدلوك سبباً لوجوب الصلوة و هذا الاختلاف في الانشاء كاختلاف قولنا (ظرف قيام زيد الدار) و (زيد قائم في الدار) .

وبما حققناه ظهر مافيما افاده (شيخنا قدس سره) حيث قال بعد ماحكى الكلام المتقدم وتعجب منه:

اقول لو فرض نفسه حاكماً بحكم تكليفي و وضعي بالنسبة الى عبده لوجد في نفسه صدق ما ذكرناه فانه اذا قال لعبده (اكرم زيداً ان جائك) فهل يجد المولى من نفسه انه انشأ انشائين و جعل امرين احدهما وجوب اكرام زيد عند مجيئه و الاخر كون مجيئه سبباً لوجوب اكرامه، اوان الثاني مفهوم منتزع من الاول لايحتاج الى جعل مغاير لجعله و لا الى بيان مخالف لبيانه و لهذا اشتهر في ألسنة الفقهاء سببية الدلوك ومانعية الحيض ولم يرد من الشارع الا انشاء طلب الصلوة عند الاول وطلب تركها عند الثاني .

فان اراد تباينهما مفهوماً فهو اظهر من ان يخفى كيف و هما محمولان مختلفا الموضوع و ان اراد كونهما مجعولين بجعلين فالحوالة على الوجدان لاالبرهان و كذالو ارادكونهما مجعولين بجعل واحد فالوجدان شاهد على ان السببية و المانعية في المثالين اعتباران منتزعان كالمسببية و المشروطية و الممنوعية مع ان قول الشارع دلوك الشمس سبب لوجوب الصلوة ليس جعلا للايجاب استتباعا كما ذكره بل هو اخبار عن تحقق الوجوب عند الدلوك .

هذا كله مضافاً الى انه لامعنى لكون السببية مجعولة فيما نحن فيه حتى يتكلم انه بجعل مستقل اولا، فانا لانعقل من جعل الدلوك سبباً للوجوب - خصوصاً عند من لا يرى كالاشاعرة الاحكام منوطة بالمصالح و المفاسد الموجودة في الافعال - الا انشاء الوجوب عند الدلوك و الا فالسببية القائمة بالدلوك ليست من لوازم ذاته بان يكون فيه معنى

يقتضى ايجاب الشارع فعلا عند حصوله ولو كانت لم تكن مجعولة من الشارع ولا نعقلها ايضاً صفة اوجدها الشارع فيه باعتبار الفصول المنوعة و لا الخصوصيات المصنفة او المشخصة هذا كله في السبب و الشرط و المانع و الجزء .

و اما الصحة و الفساد فهما في العبادات موافقة الفعل المأتي* به للفعل المأمور به او مخالفته له و من المعلوم ان هاتين الموافقة و المخالفة ليستا بجعل جاعل .

و اما في المعاملات فهما ترتب الاثر عليها و عدمه فمرجع ذلك الى سببية هذه المعاملة لاثرها و عدم سببية تلك فان لوحظت المعاملة سبباً لحكم تكليفى (كالبيع لاباحة التصرفات) و (النكاح لاباحة الاستمتاعات) فالكلام فيها يعرف مماسبق في السببية و اخواتها و ان لوحظت سببا لامر آخر كسببية (البيع للملكية) و (النكاح للزوجية) و (العتق للحرية) و سببية (الغسل للطهارة) فهذه الامور بنفسها ليست احكاماً شرعية نعم الحكم بثبوتها شرعى وحقايقها اما امور اعتبارية منتزعة من الاحكام التكليفية كما يقال (الملكية كون الشيء بحيث يجوز الانتفاع به و بعوضه) و (الطهارة كون الشيء بحيث يجوز استعماله في الاكل و الشرب و الصلوة) نقيض النجاسة .

و اما امور واقعية كشف عنها الشارع فاسبابها على الاول في الحقيقة اسباب للتكاليف فيصير سببية تلك الاسباب في العادة كمسبباتها اموراً انتزاعية .

و على الثاني يكون اسبابها كنفس المسببات اموراً واقعية مكشوفاً عنها ببيان الشارع و على التقديرين فلا جعل في سببية هذه الاسباب و مما ذكرنا تعرف الحال في غير المعاملات من اسباب هذه الامور كسببية الغليان في العصير للنجاسة وكالملاقات لها و السبى للرقيّة والتنكيل للحرية و الرضاع لانفساخ الزوجية و غير ذلك انتهى .

وفيه للنظر مواقع :

منها قوله لو فرض نفسه حاكماً الخ فان اعتبار ارتباط وجوب الاكرام بالمجيء مغاير لايجاب الاكرام بالضرورة فان اراد من الانشائين هذا المعنى فالوجدان قاض بتحققه و ان اراد غيره فنحن ايضاً لا ندعيه و اما مقابلة وجوب الاكرام عند المجيء مع كون مجيئه سبباً لوجوب الاكرام ففى غاية الغرابة فان وجوب الاكرام عند المجيء

مشتمل على السببية مع انه يجب تجريده عنها في مقام المقابلة كما صنعنا فتفطن ولا تغفل فالسببية لاينتزع من الحكم التكليفي بل انما يستفاد من التعليق و هو اعتبار في الحكم التكليفي لاعينه فمعنى التعليق ليس تكليفاً و ارادته ليس امراً فلا معنى لانتزاع الحكم الوضعي من الحكم التكليفي فقوله لايحتاج الى جعل مغاير لجعله ولا الى بيان مخالف لبيانه من الغرائب فانه انما يتم لو استفيدت السببية من الامر مع انه محال وانما تستفاد من التعليق و تعليق الامر بالاكرام بشيء يفيد السببية و هذا ليس من الانتزاع من الامر في شيء بل التعليق اعتبار زايد في الايجاب و هو معنى جعل المعلق مسبباً و المعلق عليه سبباً فكما ان قيام الارادة التشريعية الايجابية بالامر يورث انتزاع صفة في الواجب هو الوجوب فكذا اعتبار الارتباط يوجب انتزاع السببية و المسببية و قد عرفت حقيقة اعتبار الامور الاعتبارية و انها ليست من انشاء التكليفية في شيء بالضرورة .

و منها قوله و لهذا اشتهر الخ فان انشاء طلب الصلوة عند الاول ان كان بمعنى مجرد مقارنته له فهو ممنوع وان كان بمعنى اناطته به ودورانه مداره فهو مسلم لكن جعل السببية لامعنى له الا ذلك فانه عبارة عن اعتبار ارتباط الحكم بامر و اناطته به كاعتبار تركب الصلوة من الاجزاء الذى هو معنى جعل الماهية الذى اطبقوا عليه و طعنوا على القاضي في انكاره و شنعوا عليه .

ومنها قوله فان اراد تباينهما مفهوماً الخ فيه ان التباين واضح مفهوما ومصداقا ضرورة ان اختلاف الموضوع يوجب تباين المصداق ايضاً ومن الواضح ان سببية الدلوك لوجوب الصلوة غير الوجوب في الخارج ايضاً نعم هو امر اعتباري و لكن الوجوب ايضاً كذلك فلا فرق بينهما فان اراد القائل بالانتزاع عدم تغاير الاعتبارين او المعتبرين فالحوالة على العيان والبرهان وان اراد عدم الوجود في الخارج فهو مسلم لكنه مشترك و ان اراد استتباع انشاء الحكم التكليفي لانتزاع الوضعي من غير ان يتوقف على تعمد المنشيء لاعتباره ففيه ما عرفت من ان مجرد ايجاب الصلوة لا يكفي في انتزاع السببية و تحققها في نفس الامر بل لابد في تحقق الارتباط من اعتبار آخر كما انه لايستفاد الا من عبارة اخرى غير الامر ، و القياس على المسببية و المشروطية و الممنوية مع الفارق

فان اعتبار السببية اعتبار واحد يكفى في انتزاع السببية للسبب و المسببية للمسبب لانه ربط قائم بالطرفين و هذا بخلاف ايجاب الصلوة و سببية الدلوك له .

و منها قوله مع ان قول الشارع الخ فان اعتبار السببية يغنى عن انشاء الوجوب فلو فرض ذهول المولى حال الدلوك و عدم تحقق الايجاب منه لم يكن عذراً للمكلف فليس هذا اخباراً عن تحققه بل هو اعتبار يغنى في تحققه و انتزاعه فانا قد حققنا عدم توقف الوجوب على الطلب فافهم .

ومنها قوله مضافاً الخ فانك قدعرفت ان اعتبارالسببيّة للدلوك كاعتبار التركيب في الصلوة امر معقول مغاير للحكم التكليفى فلا نعيد .

ومنهاقوله واماالصحة والفسادالخ فان التحقيق ان الصحة عبارة عن اشتمال الشيء على ما يعتبر فيه سواء في ذلك العبادات والمعاملات و غيرهما من الموضوعات الخارجية و الفساد عبارة عن الاختلال مطلقاً وايضاً ليس لهما في العبادات معنى مغاير لما في المعاملات كما يتوهم وقد عرفت انهما اعتباران تابعان غيرمستقلين ولم يدّع احد استقلال جميع الاحكام الوضعية و الا فالمسببية تحتاج الى جعل مغاير لجعل السببية .

و منها قوله فان لوحظت المعاملة الخ فانك قد عرفت كيفية السببية للاحكام التكليفية ومغايرتها لها .

و اما ما عداها فعدم كونها احكاماً شرعية بنفسها مطلقاً ممنوع لانها اذا كانت باعتبار الشارع تكون شرعية نعم مجرد التقرير لايبعدان لايجعلها احكاماً شرعية واما كون الشيء بحيث يجوز الانتفاع به و بعوضه فهو غير جواز الانتفاع لان الحيثية علة للحكم التكليفى فهذا التحيث الذى اعترف به مغاير لمايترتب عليه من التكليفى فكيف يقرر هذا البيان الاتحاد و اما كونها اموراً واقعية كشف عنها الشارع فمن الوهن بمكان فانها منوطة بالاعتبار و لا واقع لها مع قطع النظر عنه و المعتبر قد يكون اهل العرف و قد يكون هو الشارع فعلى الاول لا يعقل خفاؤه و على الثانى فهى مجعولة له فافهم و لقد بالغت في ايجاز المقال لضيق المجال و قد فصلناه في رسالتنا في الاستصحاب .

ومنهاقوله ومماذكرنا ظهرالخ فان هذاالقول يرجع الى ما افاده (آية الله الحلى

قدس سره) في (السبق والرماية) من (المختلف) واجاب به عن استدلال ابن ادريس قدس سره بالاية على اللزوم حيث قال والجواب القول بالموجب فان الوفاء بالعقد [هو العمل بمقتضاه فان كان لازماً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم و ان كان جايزاً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجواز . انتهى] نعم في التعبير تسامح حيث اسند اقتضاء اللزوم و الجواز الى العقد فان حصر اللزوم و الجواز على الامر بالوفاء بهما مما لم يقل به احد لان وجوب ترتيب آثار الملكية على البيع مما لا يرتاب فيه ذومسكة مع ان العمل باللزوم و الجواز مما لا معنى له كما لا يخفى فمن هذا كله يظهر ان القائل تسامح في التعبير لان العبارة بظاهرها لا تكاد ان ترجع الى محصل مع ان كون اللزوم و الجواز مطلقاً من الاحكام الشرعية ممنوع فان الجواز في العقود الاذنية ذاتي لها ليس للشارع سلبه عنها و كذا اللزوم في البيع بحسب اقتضائه عرفا و ان امكن طرو الجواز له غاية الامر تقرير الشارع له على ذلك فاللزوم و الجواز ليسا حكمين شرعيين مطلقا نعم يمكن ان يكونا كذلك فان جواز الهبة لا يبعد ان يكون بحكم الشارع و تعبداً منه .

و منها قوله و قد عرفت ان ليس المستفاد الخ فان توهم كون مفاد الاية حكما تكليفيا مستلزما لحكم وضعى نشأ من عدم التفطن لوجه الدلالة حيث ان الاية الشريفة على تقدير دلالتها انما تدل على الحكم الوضعى ابتداء فان الامر الواقع عقيب توهم الفساد يفيد الصحة كما انه اذا ورد عقيب توهم الجواز يفيد اللزوم الاترى انه اذا ورد فى العمل بمشكوك الحجية لا يفيد الا الحجية فقول المولى اعمل بقول فلان او برأيك لا يفيد الا الحجية و ليس مفاده حكما تكليفياً لا اقول ان التكليف و الوضع لا جامع بينهما فلا يمكن ان يكونا مقصودين من انشاء واحد فان المنع عن الشيء جامع بين الحرمة و الفساد فيمكن ان يكون المقصود من النهى مطلق المنع و قد وقع في الاية الشريفة «احل الله البيع وحرم الربوا» فان حرمة الربا وفسادها اريدا معاً من الاية الشريفة حيث ان معنى التحريم هو المنع والفاسد ممنوع منه فان الشارع قطع ايدى الناس عنه بافساده كما انه فعل ذلك بطلب تركه ولكن الوفاء بالعقد ليس من الواجبات، من حيث هو كذلك نعم يحرم التصرف في مال الغير بغير اذنه و كون اثر البيع ملك المشترى

المستتبع لحرمة تصرف البايع في المبيع غير وجوب الوفاء بالعقد فان حرمة الغصب ليست مستفادة من الاية و انما المستفاد منها كون المبيع بعد البيع ملكا للمشترى فالاية انما يستدل بها لتحقق الموضوع لا للحكم بالضرورة . و اذقد تمهدت المقدمة الشريفة فنقول اختلفت كلمتهم في اقسام الخيار لا لاختلافهم في الحكم بل لادراج طائفة منها في عنوان و عدمه و في كثير من التقسيمات نظر لانه اذا بنى على التداخل كانت الاقسام اقل مما ذكر و ان لوحظ اختلاف الصور كانت اكثر . فمنها خيار الشفعة اذاكان الشفيع بعيداً . و منها خيار الخيار اذا باع و كان فيه خيار لغيره . و منها خيار المرابحة بناء على استقلاله . و منها خيار الواطى اذا وطى الجارية مولاها و باعها ناسياً او عاصياً لاحتمال صيرورتها ام ولد . و منها خيار مستحق قصاص النّفس او قصاص الطرف من العبد . و منها خيار مستحق الحد رجماً او قتلا او مطلقا . و منها خيار الجلّال . و منها خيار الموطوء من الحيوان . و منها خيار الكفر لضرر السؤر . و منها خيار المكاتب قبل تحرير بعضه لو اجزنا بيعه . و منها خيار خوف حدوث العيب ومنها خيار خوف التلف لكون العبد في الحرب او في محل الطاعون . ومنها خيار فساد العقيدة من اهل الاسلام . ومنها خيار التنجيس وكما يرجع كثير مماذكر الى العيب والتدليس ونحو ذلك فكذلك خيار الشركة و التبعيض و نحوهما فلا وجه لاختصاص ما ذكروه بالذكر والخطب في ذلك هين والاجود في وجه الضبط ان يقال ان الحكمة الباعثة لجعل الخيار ان كان مجرد الارفاق ولو بأن يكون له مجال للتروى من غيران يكون الغرض تدارك نقص او ضرر فان كان الجعل من الشارع فهو خيار المجلس و الحيوان او تأخير الثمن و ان كان من المتعاقدين فهو خيار الشرط و ان كانت الحكمة النقص فهو اما في ذات المبيع وهو خيار العيب او فيه بعنوان كونه مبيعاً اى لتحقق المعاملة ووقوع العقدعليه و هو اما تخلف الشرط فهو خيار الاشتراط او تخلف الوصف مع رؤية سابقة فهو خيار الرؤية او تخلف ما اشتمل عليه المبيع حال العقد فهوخيار التدليس و خيار التصرية و ان كان المناط في الخيار الضرر فان كان ضرراً على المشترى من جهة تملكه المبيع لا بسبب آخر فهو خيار الشركة و خيار تبعض الصفقة او ضرر على المتبايعين او احدهما

من جهة تقابل الثمن والمثمن من جهة اختلاف فاحش في المالية فهو خيار الغبن فالجامع الارفاق الصرف والنقص الذاتي و العرضي والضرر .

القسم الاول من الجهة الاولى خيار المجلس اى عدم الافتراق فان الاجتماع غير معتبر في تحققه و انما يسقط بالافتراق واضافته اليه من قبيل اضافة الحق الى ضد مسقطه فانه انما يمتاز عن غيره من اصناف الخيار بذلك بخلاف ساير الخيارات فانها تمتاز بالاسباب فلهذا اضيفت اليها فان الحيوانية والغبن والشرط مثلا اسباب الخيار فظهر السر في اختلاف الاضافة .

و الحاصل ان اختلاف الخيارات انما هو باختلاف الاسباب و الا فهو حقيقة واحدة و لما لم يكن لخيار المجلس سبب بل انما جعله الشارع في البيع مطلقا فامتاز عن غيره بعدم اناطته بشيء و لما كان له مسقط اختص به و هو الافتراق اضيف اليه للتميز لا انه هو المصنف فان الاختصاص بهذا المسقط انما هو بعد التميز وكونه مميزاً له في الواقع يستلزم الدور .

ان قلت ان علة الوجود يستحيل ان يكون مميزاً ومخرجاً عن الابهام فان العلة في هذه المرتبة متأخرة و انما تتقدم في مرحلة الوجود .

قلت ان هذا في علّة الوجود واضح واما اسباب الخيار فانما هي موجبة للانتزاع لا التحقق ضرورة ان ملك الاقرار و الازالة امر اعتباري و الامر المنتزع عين منشأ الانتزاع .

ان قلت ان منشأ الانتزاع قد يكون مبايناً للمعروض كالايجاب والقبول القائمين بالمتعاقدين في البيع فان البدلية القائمة بالمالين منتزعة منهما والموضوع مشخص للعرض متحد معه و المتحد مع المتحد مع الشيء يتحد مع ذلك الشيء و هذا خلف فان المميز متحد مع المتميز سواء في ذلك الفصل و المصنف و المشخص و بالجملة اتحاد المتباينين اظهر فساداً من اجتماع النقيضين .

قلت ان التباين من جهة لا ينافي الاتحاد من اخرى فان كلا من المتقابلين يباين الاخر كما هو مقتضى التقابل مع انه لولا الجامع استحال التقابل فانه عبارة عن الوقوع

في طرفي امر واحد و هو المصحح للتقسيم فان المقسم معتبر في الاقسام و لولا النسبة بين المنشأ والمنتزع استحال الانتزاع فهما جامع يتحدان فيه ان لوحظا لابشرط كما انهما متباينان مع ملاحظتهما بشرط لا و بهذا اللحاظ اتحد الجلد مع العضو بل الشعر بل الخف و الجنازة و القبر بل المشهد مع الجسد و المصحف و القرآن و هكذا فيما لاتتناهى .

ان قلت كيف يبقى المنتزع مع زوال المنشأ و تفكيك الشيء عن نفسه مستحيل؟

قلت اذا كان المنشأ حدوث الشيء لم يقدح زواله في بقاء المنتزع فخروج الولد عن الصلب و الرحم مع انه حركة غير قار الذات منشأ لانتزاع الابوة والامومة وهكذا الحال في الانشاءات و الطهارات و الاحداث .

ان قلت انه لاحقيقة للعلية الادوران امر مدار آخر وجوداً و عدماً و هذا المعنى متحقق في الامورات الانتزاعية بالنسبة الى المنشأ .

قلت انه لاوجود للامور الاعتبارية و انما هي حيثيات و استنادها الى امر ليس من العلية و لهذا ربما يتصف بها المعروض حال العدم كالامكان و توقف كثير منها على الوجود كالابن لا ينافي ذلك .

ان قلت ان العلية ايضاً علقة لها طرفان لا وجود لها في الخارج كالابوة فاذا كان هذا كافياً في الاتحاد لم يرد اشكال من اول الامر فالسبب مميز للمسبب اعتباراً .

قلت ان هذه النسبة متأخرة عن الصدور و التأثير نسبة بل لابد للفعل من مورد سابق في اللحاظ و شيء من السبق و التغاير لاينافي الاتحاد مع الوجود فالماهية حد للوجود متحد معه عارض له مع ان الوجود عارض لها باعتبار آخر متأخر عنها كما انه لاينافي ذلك كون الماهية مصنوعة ايضاً مجعولة فان الاتحاد الحقيقي لا ينافي الترتب التحليلي و بالجملة منشأ الوجود بل الصانع للماهية لايمكن ان يكون عين التميز الذي هو عين المتميز و الا لتقدم الشيء على نفسه و انتزاع الجهة الجامعة من الاستناد و الصدور مرحلة اخرى .

ان قلت مقتضى كون المنشأ مميزاً عموم التميز مع ان الحدث لا يتعدد بتعدد المنشأ و كذا الطهارة .

قلت نمنع الاتحاد و انما المزيل لا يختص ببعضها ولااثر للتعدد سواه والاشتداد يحصل مع الاختلاف من هذه الحيثية كالحيض و الجنابة و التعدد هو المصحح للتعبير عنها بالحقوق في بعض الروايات .

ان قلت فبما يتميز خيارالمجلس عن غيره مع انه ليس منتزعا الاعن جعل الشارع المشترك بينه وبين كثير من الخيارات .

قلت ان كون العقد بيعاً منشأً لانتزاع هذا الحق فالعقد موضوع و الخصوصية منشأً للانتزاع و حيث ان الاضافة لا تفيد سوى الاختصاص المشترك بين انحصار منشأ الانتزاع و الموضوع وخيار الحيوان ايضاً لايثبت الاله جعل اختصاصه بالافتراق المسقط مميزاً فاضيف الى ضده هذا.

و كشف الحجاب ان الامور الاعتبارية و ان لم يكن لها وجود و لامعنى للعلية الاضافة الا ان الذى تدور مداره الحكم العلة فمنشأ الانتزاع اما في مرتبة علة الوجود كما في اسباب الحدث و الطهارة والانشاء بالنسبة الى آثاره كالعقود والايقاعات فحينئذلا يصلح ان يكون مميزاً و ان اتحد مع الامر المنتزع المصحح للاطلاق و حمل هوهوفان التقدم المانع من ذلك حاصل هنا ايضاً فانها علل للتحيث و اما على وجه آخر كما فى التولية وفي جهات الخيار فليست في مرحلة علة الفاعلية و مرتبتها وانما العلية على وجه آخرلاينافى المقومية فلايتعدد المنتزع بتعدد الاول ولهذا يسقط التكليف بامتثال واحد و ان تكرر و ينفسخ العقد بفسخ واحد وان تعدد السبب وانما يتحد و يتعدد باختلاف ماليس في سلسلة العلة كالتميز المعلول للفصل بل كل حد بالنسبة الى التميز بهذه المثابة وهذا المعنى يختص بهالامر الاعتبارى ولانظير له في الوجود فالعلية بالانتزاع لاللتحقق و لا للوجود .

و بالجملة تعدد العلة لابد منه في تعدد المعلول الا انه لا يكفى في ذلك و انما التميز بالحدود فسقوط العلة عن التأثير بالمسبوقية باخرى لاستحالة حصول الحاصل و اجتماع المثلين من البديهيات و ليس تداخلا و لا على خلاف الاصل و لا حاجة الى التكلف بالالتزام بان العلة معرف مع قضاء الضرورة و البرهان بخلافه و الدليل عليه

الاخبار التي لا يبعد تواترها مضافا الى انه لم ينكره الا من اقدم على خلاف رسول الله صلى الله عليه وآله في هذه الفتوى الملعونة على علم منه حتى عد في مطاعنه و اما ما في خبرغياث عن (جعفر عليه السلام) عن ابيه عن (على عليه السلام) قال قال ان صفق الرجل على البيع فقد وجب وان لم يفترقا فلا ينافى مارمناه لان التصفيق كان في ذلك الزمان كناية عن ايجاب البيع و اسقاط الخيار ففى (القاموس) و صفق له البيع بصفقه و صفق يده بالبيعة و على يده صفقاً و صفقة ضرب يده على يده و ذلك عند وجوب البيع انتهى .

و الى هذا ينظر قول (عمر) (البيع صفقة او خيار) فان الصفقة اسقاط وايجاب فلا تجامع الخيار فاستناد (ابى حنيفه) و(مالك) اليه في الانكار غلط واضح والعجب من (الفاضل قده) حيث خفى عليه ما حققناه فوجّهه بان معناه صفقة لاخيار فيها او صفقة فيها خيار و فيه مالا يخفى .

و قد يوجه خبرغياث بان المراد بالوجوب الثبوت وهو في المقام عبارة عن الصحة و حمله بعضهم على التقية و هو من الضعف بمكان ضرورة اختلاف الفتوى مع النقل في ذلك و التقية لايجوّز الكذب في النقل و الفتوى معاً و من المعلوم ان الرواية في مقام الفتوى و التقية تحصل بنفس الفتوى مع ان الصفق على البيع امر واقع عليه فهو غيره بل متأخر عنه رتبة و اما تقسيم البيع الى الصفقة و الخيار فهو نص في ما رمناه ولا يستشم منه رايحة ما توهمه (ابو حنيفة) و صاحبه فليس في المقام ما يدل على خلاف الحق فتفطن .

و كيف كان فالحكم مما لا يرتاب فيه ذو مسكة و الكلام فيه يقع من جهات ، الاولى ما يثبت فيه و الثانية من يثبت له و الثالثة كيفية التعلق فهل يتعلق به مطلقا او مادام في ملك من انتقل اليه و فيه حكم من ينعتق عليه و الرابعة في تحقيق المسقطات والخامسة في بيان الغاية فلنا مقامات .

المقام الاول

لا اشكال في اختصاص البيع بهذا الخيار و يكفى فيه كونه على خلاف القواعد مع عدم دليل على ثبوته في غيره و توضيح المرام يتوقف على الاشارة الى حقيقة البيع

و بيان ما به يمتاز عن غيره فنقول انه عبارة عن تبديل المال بالمال بانشاء استقلالى من طرف وهو البايع والمطاوعة الخاصة اى القبول بعوض من آخر المستتبع لخروج العوض من ملكه و دخوله في ملك صاحبه غالباً و هو المشترى و اثر التبديل قد يكون هو السقوط كما في بيع الدين ممن هو عليه وقد يكون هو الانعتاق كما في بيع من ينعتق على المشترى كما ان أثر المطاوعة ليس دائما انتقال المال كما اذا كان الثمن حقاً او ديناً او غيرهما و يفترق عن الصلح بتركبه من انشائين استقلاليين لا بانه انشاء التراضى كما توهم و تفصيل القول يطلب من الرضوان

و يفترق عن الهبة المعوضة بأن الهبة تمليك مجانى و لا يعقل فيها العوض و المعاوضة انما هى بين الهبتين فالانشاء مقابل للانشاء وايضاً فخصوصية الشخص ملغاة في البيع بخلاف الهبة فلا يجوز قولك للمشترى وكالة بعتك بخلاف الهبة فيجب ان يقال وهبت موكلك فلو اعتقد الواهب قبول المتهب لنفسه مع كون المتهب قابلا عن غيره بطل بخلاف البيع والى هذا ينظر قولهم ان التمليك حقيقة في الهبة فان المبادلة قد يستتبع التمليك لا انه عينه .

و اذقد تبين لك هذا ، فاعلم انه فرق بين خيار المجلس الذى هو من الحقوق و الخيار في المجلس الذى هو من الاحكام والاضافة في الثانى الى المجلس ليست مبنية على ما عرفت في الاول و الى هذا ينظر ما في (المختلف) حيث اورد على ما في (الخلاف) من نفى الخيار في المجلس في العقود الجائزة مستدلا بالاجماع ففى (المختلف) قال في (المبسوط) و اما الوكالة و العارية والوديعة و القراض والجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين معاً فيها مانع وتبعه (ابن ادريس) و (ابن البراج) وقال في (الخلاف) الخيار فيها في المجلس ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيه .

و التحقيق عندى ان هذه عقود جايزة لكل منهما الخيار في الفسخ والامضاء سواء كانا في المجلس او تفرقا و سواء شرط الخيار اولا بل لو شرطا سقوط الخيار لم يصح و كان الخيار بمقتضى الاصل والشيخ استدل في (الخلاف) على عدم دخول خيار المجلس بالاجماع فانه لا خلاف انه لا يدخل خيار المجلس وليس بجيد فان الاجماع ممنوع مع انه نفسه

خالف في ذلك ثم كيف يتحقق سقوط الخيار في المجلس مع انه عقد جايز مطلقا انتهى .

و هذا الكلام صريح في أن الخيار الثابت في العقود الجايزة في المجلس انما اراد به الجواز فلا ينافى ما في (التذكرة) من دعوى الاجماع على اختصاص البيع بخيار المجلس وفي الدروس وكلام (شيخنا قدس سره) وغيرهما في هذا المقام ما يقتضى منه العجب فلاحظ و تدبر .

و اعلم ان المعاطاة لا يجرى فيها هذا الخيار الاعلى القول بانه بيع و هذا واضح و اما على هذا القول فقبل اللزوم بالتصرف و نحوه فالتحقيق ايضاً العدم لما عرفت من ان استحقاق الفسخ غير متعقل في ما كان حكمه الجواز وجواز تعدد اسباب الخيار لا ينفع فان المعقول انما هو اجتماع الحقوق لا الحق و الحكم .

و الحاصل ان هذا الحكم و هو الجواز لا يجامع الخيار الذى هو من الحقوق واما بعد اللزوم فالحق ثبوت الخيار وان تأخر عن العقد فان المقارنة ليست من مقوماته وكثرة المقارنة انما هى لقلة المانع و المفروض في المقام وجوده . هذا مقتضى كونها بيعاً ولكن لا يعقل تحقق الاقتضاء والمنع فيها فان اللزوم بالتلف وما بحكمه على وجه الحتم و هذا ايضاً مما يدل على انها ليست بيعاً فان الذاتى لا يتخلف ولا يختلف .

واما ما يعتبر فيه القبض كالصرف فمقتضى اعتباره في الصحة عدم تعقل الخيار فيه قبله فان العقد يبطل بالتفرق قبل القبض فله شأنية الصحة نعم لوقلنا بوجوب التقابض و ان العقد يعرضه البطلان قبل القبض لا ان الصحة تتوقف على القبض فيجرى فيه الخيار و اما اذا قلنا بان العقد لا يفيد الا اهلية الصحة فلا معنى للخيار كما هو الحال في الفضولى حيث قالوا بان احد المتعاقدين لوكان اصيلا كان له الابطال قبل الاجازة فلا يعقل تحقق الخيار حيث انه لولا الخيار لم يكن للعقد استقرار حتى يعقل تحقق ملك الازالة و الاقرار و ليس هذا فسخاً في الحقيقة بل ابطال لما كان قابلا للصحة ولا يحتاج الى دليل يثبت سلطنة للمتعاقدين على الابطال حيث ان العقد لم يستقر صحيحاً بل هو بحسب ذاته قبل تحقق ماله دخل في صحته يعرضه البطلان فهو عند اهل العرف يسقط عن اهلية الصحة و الاتمام لو ابطله العاقد و هذا ابطال لا فسخ و لهذا لا ينفع القبول لو

ابطل الموجب ايجابه قبل لحوقه و ليس هذا فسخاً فافهم .

هذا على القول بكونه شرطاً ناقلا لا اشكال فيه و اما على الكشف الحكمى فلا يخلو عن خفاء و على الحقيقى اخفى كما ان نفس الكشف الحقيقى مع فرض الاشتراط في جليل النظر من الاغلاط ويظهر حال السلم مما مر، هذا هو الحال قبل القبض و اما بعده فلا اشكال في ثبوت الخيار ولاينافيه تأخره عن العقد لو تأخر القبض حيث ان علة العدم عدم قابلية المورد و قد زالت و دلالة الادلة على انه لابد ان يتصل بالعقد ممنوع انما الاتصال لتمامية العلة غالباً لا انه لابد ان يكون كذلك .

و اما الفضولى فعدم استحقاق الفضول الخيار بديهى و اما المالك فكذلك قبل الاجازة حيث انه لم يصدر منه عقد و لا استند العقد الحاصل اليه بوكالة او امضاء و لا معنى لملك ازالة عقد لاتعلق له بالشخص وان شئت قلت حكومة ادلة الخيار على اللزوم تشهد على انه لامورد له في مثل المقام و اما بعد الاجازة فلا اشكال في ثبوته له و تأخره على تقديره لا يقدح كما عرفت و عدم كونه عاقداً بل بايعاً لا ينافى ذلك لما سيتضح في الوكيل انشاء الله تعالى .

واما اذا كان احد المتعاقدين اصيلا فان قلنا بان له الابطال قبل الاجازة فلامعنى للخيار والا كان له ذلك لما عرفت من ان الفسخ ليس رفعاً للاثر حتى لايعقل مع عدمه بل انما هو حل العقد المفروض تحققه و لا فرق فيما حققناه بين كون الاجازة كاشفة او ناقلة لاشتراك المناط .

وقد يفصل بين كون الاجازة كاشفة حقيقة او حكماً و بين كونها ناقلة فيقال بثبوت الخيار على الاوّل حيث ان نفوذ الفسخ و الامضاء فرع الصحة الواقعية لا العلم بها و اما على الثانى فلابد من ملاحظة الدليل و استعلام مقدار التنزيل و اما على الثالث فلا اشكال في عدم الثبوت لعدم تحقق الموضوع بالفرض وهذا على ما توهموه من معنى الكشف الحقيقى جيد و لكنه توهم فاسد حيث إن توقف ترتب الاثار على الاجازة من المعلومات المسلمات فالالتزام بكشفها عن تقدم الاثار عليها ينافى العلية المفروغ عنها بالضرورة مع ان الكشف الحقيقى مذهب الفحول بل المطابق للقواعد و الاصول .

فالغرض من الكشف حقيقة مع اشتراط ترتب الاثر على الكاشف كون الأثر مراعى بوجود ذلك الشيء لامشروطاً به والمراعى مرتبة بين المرتبتين الكشف والاشتراط و برزخ بين العالمين وهو إلى الاشتراط اقرب منه الى الكشف ولها في الخارج مصاديق لاتحصى فان المركبات الاعتبارية التي تحصل في الخارج تدريجاً ليست الاالاجزاء فالاجزاء انما تكون ذلك المركب بعد حصول جميعها و ربما تكون غير قارة فلا تجتمع في الخارج و انما ينتزع المركب من المعدوم منها و من الموجود بل من المعدومات بعد الوجود في الحقيقة.

فالجزء الاول قبل لحوق ساير الاجزاء به ليس كلا يقيناً و انما يصير بلحوق ساير الاجزاء به مع مالحق به كلا فالباني لباب البيت لا يعلم بكونه بابا الا بعد تمام البيت فكونه باباً بل جزءاً من اجزاء البيت مراعى فان لحق به ساير الاجزاء صار ذلك الجزء المتحقق قبل اللحوق باباً و صدق على البنّاء انه بان للباب مع ان العمل صدر قبل لحوق الاجزاء فلو نذر ان يعطى من بنى الباب درهما جازان يعطى بانى ذلك الجزء بعد تمام البيت مع انه لم يكن قبل ذلك بانياً للباب قطعاً و انما كان بانياً لما يمكن ان يصير بابا ، فكونه بابا مراعى بلحوق ساير الاجزاء فكذلك العمل من اليوم يصير بناء للباب واعطاء الدرهم في ذلك الزمان اليوم يصير مبرئاً للذمة لحدوث انطباق العنوان في هذا الزمان وان كان ذات العمل متحققاً قبل ذلك فاقداً لهذا العنوان فقداً مراعى و العمل حال صدوره ليس بناء للباب قطعا.

و بهذا الاعتبار يصح اطلاق الشرط على لحوق ساير الاجزاء ولعدم استقرار فقد العنوان و تزلزله و امكان انقلابه يصح ان لا يحكم عليه بانه ليس بناء للباب و يقال انه مجهول الحال حيث انه على تقدير اللحوق بناء للباب فالمعروض سابق و العنوان لاحق فترتب الاثار المنوطة بالعنوان بعد حدوثه على ما حدث سابقاً مقتضى الجمع بين تقدم ذى الاثار وتأخر العنوان المعتبر في حدوث الاثار فصيرورة اعطاء الدرهم للبنّاء وفاء بالنذر بعد تمام البناء لاينافى توقف صيرورته بابا على لحوق الاجزاء لتحقق التأخر المترتب على المعلولية و هذا هو المراد بالكشف الحقيقي المنطبق على القواعد.

ومن هذا القبيل الصلوة فان المفتتح بها لايكون كذلك الا بعد حال كونه مختتما

مع انهما متضادان و ليس ذلك الا لان وجود المتضادين في زمانين الا ان تحقق عنوان الافتتاح للتكبيرة بعد تحقق التسليم فمن نذران يعطى المفتتح بالصلوة درهما فاعطاه قبل تمام الصلوة لايبرء ذمته الا بعد التحليل فهو شرط كاشف بمعنى ان تحققه يكفى في نفوذ ما تقدم عليه من الاثار فالاثر متأخر باعتبار و متقدم باعتبار آخر كما انه معلوم الانتفاء من جهة ومجهول من اخرى و لهذا افترق عن ساير العلل وتبينت حقيقة البرزخية .

و مما يوضح المطلوب ماورد من ان (من سن سنة حسنة كان له مثل اجر من عمل بها) و (من سن سنة سيئة كان له مثل وزر من عمل بها) فان استحقاق العامل للسنة السيئة العقاب بعمل العامل بها واختلاف ذى السنتين في الاستحقاق يظهر سره بما حققناه لان العمل الصادر من الشخص لفقده العنوان لايورث استحقاق الثواب والعقاب و اذا صار ذاعنوان صلح لهما وان لم يصدر من الفاعل بعده شيء فاضلال الاثنين اشد من اضلال الواحد والعمل صيرورته اضلالا ربما يكون حادثاً بامر خارج عن اختيار العامل و كذا الهداية .

بل هما ابداً كذلك حيث ان تمكين الضال والمهتدى له دخل في تحققهما مع انه ليس باختيار الهادى و المضل وكذا كون العمل هداية لمتعدد او اضلالا له بمراتب التعدد و كذا صيرورة رمى الحجارة قتلا يتوقف على وقوعها على المقتول وتأثيرها فيه على وجه يؤدى الى ازهاق الروح الخارج عن اختيار الرامى فهو بمجرد الرمى ليس قاتلا لكنه مراعى فبعد ترتب الاثر يصير قاتلا برميه الذى صار قتلا بعد ان لم يكن كذلك .

ومن هذا القبيل الاجازة والرضى بالعقد الصادر من الفضول فان العمل وقع كاملا لكنه لا يؤثر قبل ان يستند الى المالك و بالرضا اللاحق يتحقق الاستناد فاذا استند العقد الى المالك و صار كالصادر من الوكيل ترتب عليه جميع آثار الصادر عن المالك من حين الصدور فان ما ترتب على ذلك العقد من الاثار وان لم تكن متعلقة بالمشترى الا انها تعلقت به بعد الاجازة و ان كانت حاصلة قبلها فالنماء الحاصل قبل الاجازة لم تكن حينئذ نماء ملك المشترى بل كان نماء ملك الاصل الا ان عدم كونها كذلك كان مراعى بعدم الاجازة ولم يكن من قبيل النماء الحاصل قبل العقد ممحضاً للمالك بحيث

لا يمكن ان ينطبق عليه عنوان ملك الغير وامكان الانتقال الى الغير الثابت في الجميع غير امكان انطباق العنوان بسبب متقدم فلا يشتبه .

وكذا الافعال المترتبة على العقد الاول فان وطىء العبد قبل اجازة المولى لم يكن وطى الزوجة و لكنه لوقوعه بعد العقد المتوقع لحوق الاجازة به كان بحيث يصلح لان يصير وطى الزوجة بالاجازة فان العقد السابق اذا صار نكاحا صحيحاً بالاجازة فالوطى الواقع عقيبه وطى مشروع و خروجه عن الحرمة بعد وقوعه محرما و ان كان مما يصعب تعقله الا انه ليس الامثل صيرورة العقد بعد الاجازة تمليكا وصيرورة المتولد من الموطوئة ابنا و قد مرت الاشارة الى النظائر .

وبالجملة فالغرض ان تأثير الاجازة في العقد السابق مطابق للقواعد وترتب الاثار بعد الاجازة من حين وقوع العقد ايضاً كذلك و ليس شيء منهما تعبداً شرعياً فالغرض من كونها كاشفة ان الاثار بعد تحققها يترتب على العقد من حين الوقوع فهي لتقدمها ذاتاً على الاجازة وكونها مراعاة بها من حيث العنوان كانها صارت مجهولة الحال فلايعلم ان النماء المتجدد بعد البيع هل يؤل امره الى المشترى باجازة المالك ام لا، لانا لانعلم انه قبل الاجازة للمالك .

ان قلت ان رضى المالك ان كان معتبراً في انتقال المال منه فلا محال يتأخر عنه الاثار كما هو مقتضى العلية وهو الحال في جميع الامور المعتبرة في العقد و الافوجودها كالعدم و ايضاً على تقدير الاعتبار فلابد من تقارنه كساير ما يعتبر في العقد و لامصحح للامرين الا التعبد .

قلت بعون الله تعالى ان الرضا ليس في عرض ساير الشرايط بل هو في طولها فاعتباره في العقد ليس الا كاعتبار العلم في التكاليف فكما ان نفس التكليف لا يتوقف على العلم به بل هو كساير الاشياء متحقق في نفس الامر سواء علم به شخص ام لا و انما يتوقف عليه تنجزه و ترتب اثره عليه فالعلم تابع للمعلوم و مترتب عليه و كذا الرضا بالفعل فانه معتبر في مرحلة ترتب اثره عليه لا في مرتبة تحققه .

ان قلت ان كل شرط انما يعتبر في ترتب الاثر على المشروط لا في تحقق ذات المشروط

فهذا لا يوجب المغايرة .

قلت ان الشروط في مرتبة المقتضى من حيث العلية و لهذا يتركب العلة من المجموع اى يستند الاثر اليه و الرضا متأخر عن المجموع مع انه من الشروط المشاركة للباقى في العلية فالجامع بين الشروط عدم الاعتبار في تحقق ذات المقتضى والاعتبار في تحقق المعلول و الفارق تأخر الرضى بحسب الطبيعة عن العقد وما يعتبر فيه لامن حيث العلية ، هذا ولكن المناط في الفرق انما هو كيفية الاعتبار و الا فالرضا ايضاً مما يمكن ان يعتبر كساير الشروط وغيره ايضاً يمكن ان يعتبر مثل اعتبار الرضا كالقبض في السلم و الصرف و انقضاء زمان الخيار في وجه و انما الدليل على ان اعتبار الرضى على هذا النحو أن الحاكم باعتباره هو العقل وهو انما يعتبر استناد العقد الى من بيده الامر والرضى اللاحق يكفى في استناد العقد اليه و المقارنة لا دليل على اعتبارها .

و بالجملة فالاجازة تنفيذ للعمل التام لانه متمم للعمل فهو كالروح لجسد العقد فمهما لحقه جعله ذا اثر وهذا ليس من تأخر المعلول عن العلة في شيء لان الاثر لايحصل الابعد الاجازة غاية الامر ان الامور المترتبة على العقد قبل الاجازة يتغير بعد الاجازة عنوانها فيتبدل حكمها ، فالنماء الحاصل بعد العقد و قبل الاجازة لم يكن نماء ملك المشترى لكن صار نماء ملكه بعد اجازة المالك ولافرق في ذلك بين وجودها حال الاجازة و عدمها و هكذا حال الافعال فان اكل المبيع او نماءه كان اكلا للمال بالباطل و بعد الاجازة صار اكلا بالحق .

لااقول ان ماوقع محرما يحكم عليه بانه وقع حلالا في ذلك الزمان ليتناقض بل اقول ان كونه حراما قبل الاجازة مراعى بعدمها فاذا تحققت لم تستقر الحرمة بل ارتفعت الان من الاصل فلسنا نقول ان الحلية كانت ثابتة واقعاً و انما ظهرت لنا بالاجازة و لا نقول انها وقعت محرمة و صارت في زمان الاجازة محللة فان الفعل بعد صدوره لايتعلق به حكم تكليفى بالضرورة فانه لا معنى للترخيص في الفعل الصادر بعد صدوره و لكن نقول ان الاحكام تثبت للعناوين الكلية فالاكل بالباطل حرام و بالحق حلال و كما ان كونه اكلا بالباطل لم يكن مستقراً فكذلك حكمه فالحكم و ان تبدل لكن بتبدل موضوعه

و ليس كساير التبدلات فان المبيع قبل البيع ملك للبايع و بعده للمشترى فهو في كل زمان ينطبق عليه عنوان و لكن بالاجازة يتبدل عنوان ماقبل الاجازة لا انه يرفعه من حين الصدور .

نعم زمان التبديل زمان الصدورفلايتأخر العلة عن المعلول فهى بعد الصدور ترفع العنوان عماترتب على العقد قبل صدورها وان شئت قلت انه دفع لا رفع حيث ان الرفع انما يتحقق فيما اختلف الحال باختلاف الزمان و الرافع يرفع ماثبت و يحكم عليه بالثبوت قبل الرفع بعد الرفع ايضاً ولكن الاجازة يجعل الفعل بعدها بحيث لا يحكم عليه بانه كان محرماً حال صدوره و انما كان كذلك لولا لحوق الاجازة فلمّا لحقته الاجازةلم يقع محرما .

و هذا معنى الكشف الحقيقى و الى هذا يشير قوله عليه السلام لانه لم يعص الله وانما عصى سيّده ففى رواية (زرارة) عن (مملوك تزوج بغير اذن سيّده) فقال (ذلك الى سيده ان شاء اجاز و ان شاء فرّق بينهما) فقلت اصلحك الله ان (الحكم بن عيينة) و(ابراهيم النخعى) و اصحابهما يقولون ان اصل النكاح فاسد و لا يحل له اجازة السيد له فقال (ابو جعفر عليه السلام) انه لم يعص الله تعالى انما عصى سيده فاذا اجازه فهوله جائز فانظر كيف نبه (الامام عليه السلام) على المناط و اشار الى البرهان و معنى قوله عليه السلام لم يعص الله ان العقد في حد نفسه لانقصان فيه بل انماهومن جميع الجهات على الموازين الشرعية غاية الامر انه مراعى باجازة السيد.

و التعبير عن عدم اذن السيد بالمعصية انما هو للمقابلة و هو في غايه الحسن و المتانة بل الغرض من عدم عصيان الله ايضاً ليس الا وقوعه مستجمعاً للشرايط الشرعية لا معناه الحقيقى حتى يستفاد منه ان النهى في المعاملات يقتضى الفساد .

وبسند آخر عن (الباقر عليه السلام) قال سئلته عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطّلع على ذلك مولاه فقال ذلك الى مولاه فان شاء فرّق بينهما و ان شاء اجاز نكاحها الى ان قال فقلت (لابى جعفرعليه السلام) فانه في اصل النكاح كان عاصياً فقال (ابوجعفر) عليه السلام انما اتي شيئاً حلالاً وليس بعاص الله وانماعصي سيده ولم يعص الله ان ذلك ليس كاتيانه

ما حرم الله عليه من نكاح في عدة و اشباهه (الخبر) فكما يمكن ان يقال انه دفع بهذا الاعتبار فهو رفع باعتبار ثبوت خلاف ما ثبت بالاجازة و تبدل العنوان بالفرض.

ان قلت مقتضى مااعترفت به من تبدل العنوان المستتبع لتبدل الحكم ان الوطى الواقع قبل الاجازة كان حراما وبعد الوقوع وان تبدل العنوان الا ان العنوان الحادث لانطباقه على فعل معدوم لايوجب حدوث حكم تكليفى و تعليق النهى على عدم لحوق الاجازة يوجب الالتزام بالاباحة على تقدير العلم باللحوق و قد التزم به البعض و على هذا لايتبدل العنوان بحدوث الاجازة بل الشرط لحوق الاجازة والمناط كون الشيء مما يلحقه الاجازة و هذا المعنى مقارن للعقد و هو معنى آخر للكشف الحقيقى مغاير لما اخترته.

قلت كاشفاً للحجاب عن وجه المطلوب و رافعاً للنقاب عن السر المحجوب: إنّ الاحكام الشرعية باسرها اموراعتبارية انتزاعية تابعة لمنشأ انتزاعها فكما ان العقد قبل الاجازة لم يكن مستنداً الى المجيز و صار كذلك بعدها فلم يكن البيع تمليكاً من البايع فصار كذلك بعد الاجازة والنماء لم يكن ملكاً للمشترى كالاصل فصار له بعدها فكذا الاكل وساير التصرفات لم يكن بحيث لايستحق فاعلها العقاب فصار كذلك و ليس وجود الامر والنهى معتبراً في تحقق الوجوب والحرمة على ما حققناه في رسالتنا في احكام التعارض و ليس هذا من اباحة الحرام ولا من تعلق الخطاب التكليفى بالمعدوم بعد تحققه فكما ان المتولد من الامة لم يكن ابناً للواطى فصار كذلك بعد الاجازة والصوم قبل غسل العشائين من الليلة اللاحقة لم يكن محكوما بالصحة للمستحاضة فصار كذلك بعده على القول به فكذا الحكم التكليفى اى الاباحة لم يكن منتزعا فصار كذلك فانتزاع الحرمة لم يكن مستقراً قبل الاجازة بل كان مراعى بعدمها مثل عدم كون الرمى قتلا قبل الإصابة و كون بناء الجزء الخاص بناء للباب و كون تربية من يؤيد الدين خدمة بالدين و كون الشروع في العبادات المركبة شروعا في العبادة فانها ان لم تتم لم تكن عبادة بل لغواً صرفا.

وبالجملة فكون امر مراعى بآخر معنى شايع يصعب تعقله ولايسعنى بيانه وربّما

تبادر الجاهل المغرور بالانكار زعماً منه ان لهذا القول مفاسد خفيت علينا والله الهادى إلى الحق.

و الى ما حققناه ينظرما في (جامع المقاصد) و (الروضة) من ان العقد سبب تام في الملك لعموم قوله تعالى « اوفوا بالعقود » وتمامه في الفضولى انما يعلم بالاجازة فاذا اجاز تبين كونه تاما يوجب ترتب الملك عليه والالزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شيء آخر و ان الاجازة متعلقة بالعقد فهو رضى بمضمونه و ليس الا نقل العوضين من حينه. واورد على الاول (شيخنا قده) بانه ان اريد بكون العقد سبباً تاما كونه علة تامة للنقل اذا صدرعن رضا المالك فهو مسلم الان بالاجازة لايعلم تمام ذلك السبب ولا يتبين كونه تاما اذ الاجازة لايكشف عن مقارنة الرضا ، غاية الامر ان لازم صحة العقد الفضولى كونها قائمة مقام الرضا المقارن فيكون له مدخلية في تمامية السبب كالرضا المقارن فلا معنى لحصول الاثر قبله .

و منه يظهر فساد تقرير الدليل بان العقد الواقع جامع لجميع الشروط و كلها حاصلة الارضى المالك فاذا حصل بالاجازة عمل السبب عمله فانه اذا اعترف ان رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله .

ودعوى ان الشروط الشرعية ليست كالعقلية بل هى بحسب مايقتضيه جعل الشارع فقد يجعل الشارع مايشبه تقديم السبب على المسبب كغسل الجمعة يوم الخميس واعطاء الفطرة قبل وقته فضلا عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة و كغسل العشائين لصوم اليوم الماضى على القول به .

مدفوعة بانه لافرق فيما فرض شرطاً او سبباً بين الشرعى و غيره و تكثير الامثلة لا يوجب وقوع المحال العقلى فهى كدعوى ان التناقض الشرعى بين الشيئين لايمنع عن اجتماعهما لان النقيض الشرعى غير العقلى فجميع ماورد مما يوهم ذلك لا بد من التزام ان المتأخر ليس سبباً او شرطاً بل السبب و الشرط الامر المنتزع من ذلك لكن ذلك لا يمكن فيمانحن فيه بان يقال ان الشرط تعقب الاجازة ولحوقها بالعقد وهذا امر مقارن للعقد على تقدير الاجازة لمخالفة الادلة اللهم الاان يكون مراده بالشرط مايتوقف تأثير

السبب المتقدم في زمانه على لحوقه وهذا مع انه لايستحق اطلاق الشرط عليه غيرصادق على الرضا ، لان المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله و انه لا يحل لغيره بدون طيب النفس وانه لا ينفع لحوقه في حل تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك.

و مما ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الاعلام بل التزم به غير واحد من المعاصرين من ان معنى شرطية الاجازة مع كونها كاشفة شرطية الوصف المنتزع عنها و هو كونها لاحقة للعقد في المستقبل فالعلة التامة العقد الملحوق بالاجازة و هذه صفة مقارنة للعقد و ان كان نفس الاجازة متأخرة عنه و قد التزم بعضهم بما يتفرع على هذا من انه اذا علم المشترى ان المالك للمبيع سيجيز العقد حل له التصرف فيه بمجردالعقد و فيه مالايخفى من المخالفة للادلّة انتهى .

و فيه مواقع للنظر يظهر بالنظر فيما مرّ فان اعتبار الرضا في تحقق التأثيرمما لاريب فيه و ليس الغرض من تبين كون العقد تاما بالاجازة كونها مرآتا له كمايترائى بل الغرض ماحققنا من كون التأثير مراعى بالاجازة فالتأثير حادث بها في العقد المتقدم فيترتب عليه بها جميع آثاره من حين الصدور وهذا ليس من تأخر العلة عن المعلول و لا من الكشف عن الثبوت سابقاً من غير مدخلية في الثبوت و لامن الكشف عن مقارنة الرضا ، ولكن لما كان اعتباره على نحو مغاير لاعتبار ساير الشروط تميز عنها و استند التأثير الى العقد المستجمع لها و الا فمدخلية الاجازة المستلزمة لتأخر الاثر عنها مما لا ريب فيه و تبدل عنوان ما ترتب على العقد قبلها ليس من الكشف في الحقيقة و ان كان يقرب منه حتى صح التعبير به عنه و ليس تأثير الاجازة لكونها قائماً مقام الرضا المقارن بل المعتبر من اول الامر الرضاء مطلقا فلاحاجة الى ما يدل على اقامة الاجازة مقام المقارن و ليس هذا على خلاف القاعدة لما عرفت من ان العقد انما يجب استناده إلى من اليه الامر و لا فرق في ذلك بين مقارنة رضاه و عدمها .

و منه يظهر مافي تقرير الدليل بان العقد الواقع جامع لجميع الشروط الخ من المتانة ، و ما أورد عليه من انه اذا اعترف ان رضا المالك من جملة الشروط فكيف

يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله ، فيه ان الكشف بالمعنى الذى زعمه مما لايخفى تنافيه مع الاشتراط المفروض على ذى مسكة وانما المدعى ماحققناه من ان الرضا ليس اعتباره في العقد كاعتبار ساير الشروط حتى لايترتب الاثر الا من حينه بل هو من حين تحققه يجعل العقد السابق مؤثراً حتى يترتب عليه جميع آثاره من حين انشائه وهذا النحو من الكشف لا ينافى الاشتراط فلم ينقطع ارتباط العقد عنه حتى ينافي الاشتراط و لم يتقدم الاثر على المؤثر حتى ينافي العلية ولم يقتصر على الاثار الثابتة بعد الاجازة حتى يكون في عرض ساير الشروط و ليس هذا تعبداً ايضاً كما لا يخفى .

و اما ما افاده في مقام ابطال الدعوى المزبورة من انه لا فرق فيما فرض شرطاً او سبباً بين الشرعى و غيره ففى غاية المتانة و لكن ما زعمه من ان المندوحة الالتزام بان السبب و الشرط الامر المنتزع ليس على ما ينبغى فانك قد عرفت ان صحة صوم المستحاضة مراعاة بالغسل المزبور لا ان الشرط تعقب الصوم بالطهارة فان المستفاد من الادله ان اعتبار الطهارة في المشروط بها كاعتبار الرضى من غير فرق و لولا الالجاء لم يلتزم احد بان الشرط الامر المنتزع وهو ايضاً قائم في الرضا بزعم الملتزم ولكنا بحمد الله تعالى قداصبنا الحق و اهتدينا بهدى الله جل جلاله .

واما قوله اللهم الاان يكون الخ فيه ان مناط الشرطية هوالتوقف المزبورومجرد تقدم زمان الاثر لا يقدح في الشرطية بعد ما كان التأثير متأخراً فان اثر الاجازة تحقق الاثار بالنسبة إلى الزمان السابق بعد تحققها وقد حققنا ان هذا ليس من تقدم المعلول على العلة فعدم استحقاقه اطلاق الشرط معلوم الفساد .

و اما تعليل عدم صدقه على الرضا، بان المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضى المالك في انتقال ماله الخ ففيه ان مطلق الاعتبار مما لاريب فيه و اما عدم نفع اللحوق و اعتبار المقارنة فهو اول الكلام بل التحقيق عدم دلالة الادلة على اعتبارها بل دلالتها عقلا و نقلا على عدم اعتبارها و ان المعتبر انما هو الرضا كيف كان حيث ان المناط انتهاء الامر إلى من يجب الانتهاء اليه والاستناد اليه فالوكالة تقتضي استناد فعل الوكيل إلى الموكل وتنزله منزلة فعله حال الصدور، والاجازة تقتضي ذلك بعده وليس التنزل في

الوكالة تعبداً شرعياً مخالفاً للقواعد حتى يقتصر عليها بل انما هو بحكم العرف و العادة ولا يفرقون بين المقارنة واللحوق في التنزيل المذكور فالفعل الصادر من الفضول تام لا نقص فيه وطيب نفس المالك انما يعتبر للتنزل المذكور و الاستناد اليه و هذا مراد من يقول ان العقد سبب تام و الاجازة لا دخل لها في تاثيره .

واورد على الثاني اولا بان الاجازة وان كانت رضى بمضمون العقد الاان مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلق الاجازة و الرضا بذلك النقل المقيد بكونه في ذلك الحال بل نفس النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان و انما الزمان من ضروريات انشائه فان قول العاقد بعت ليس نقلت من هذا الحين وان كان النقل المنشىء به واقعاً في ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لاقيد له فكما ان انشاء مجرد النقل الذى هو مضمون العقد في زمان يوجب وقوعه من المنشىء في ذلك الزمان فكذلك اجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الاجازة و كما ان الشارع اذا امضى نفس العقد وقع النقل من زمانه فكذلك اذا امضى اجازة المالك وقع النقل من زمان الاجازة .

ولاجل ماذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الايجاب مع انه ليس الارضى بمضمون الايجاب فلو كان مضمون الايجاب النقل من حينه و كان القبول رضى بذلك كان معنى امضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الاثر من حين الايجاب لان الموجب ينقل من حينه و القابل يتقبل ذلك و يرضى به .

و دعوى ان العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه مدفوعة بان سببيته للملك ليست الا بمعنى امضاء الشارع لمقتضاه فاذا فرض مقتضاه مركباً من نقل في زمان و رضى بذلك النقل كان مقتضى العقد الملك بعد الايجاب و لأجل ماذكرنا ايضاً لايكون فسخ العقد الا انحلاله من زمانه لا من زمان العقد فان الفسخ نظير الاجازة و الرد لا يتعلق الا بمضمون العقد وهوالنقل من حينه فلوكان زمان وقوع النقل مأخوذاً في العقد على وجه القيدية لكان رده وحله موجباً للحكم بعدم الاثار من حين العقد و السر في جميع ذلك ماذكرنا من عدم كون زمان النقل الا ظرفا فجميع ما يتعلق بالعقد من الامضاء و الرد

و الفسخ انما يتعلق بنفس المضمون دون المقيد بذلك الزمان .

و الحاصل انه لااشكال في حصول الاجازة بقول المالك (رضيت بكون مالي لزيد بازاء ماله) او (رضيت بانتقال مالي إلى زيد) و غير ذلك من الالفاظ التي لا تعرض فيها لانشاء الفضولي فضلا عن زمانه كيف و قد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها اجازة منها و نحو ذلك ومن المعلوم ان الرضا يتعلق بنفس نتيجة العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولي .

و بتقرير آخر ان" الاجازة من المالك قائمة مقام رضاه و اذنه المقرون بانشاء الفضولي او مقام نفس انشائه فلايصير المالك بمنزلة العاقد الا بعد الاجازة فهي اما شرط او جزء سبب للملك و بعبارة اخرى المؤثر هو العقد المرضي به و المقيد من حيث انه مقيد لايوجد الا بعد القيد و لا يكفي في التأثير وجود ذات المقيد المجردة عن القيد .

و اما ثانياً فلانا لو سلمنا عدم كون الاجازة شرطاً اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط ولاجزء سبب وانما هي من المالك محدثة للتأثير في العقد السابق وجاعله سبباً تاماً حتى كانه وقع مؤثراً فيتفرع عليه ان مجرد رضى المالك بنتيجة العقد اعني محض الملكية من غير التفات إلى وقوع عقد سابق ليست باجازة لان معنى اجازة العقد جعله جايزاً نافذاً ماضياً لكن نقول لم يدل" دليل على امضاء الشارع لاجازة المالك على هذا الوجه لان وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد والنذر ومن المعلوم ان المالك لايصير عاقداً او بمنزلته الا بعد الاجازة فلايجب الوفاء الا بعدها ومن المعلوم ان الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي فمالم يجب الوفاء فلا ملك .

ومماذكرنا يعلم عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود بدعوى ان الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالزام بالنقل من حين العقد وقس على ذلك مالو كان دليل الملك عموم « احل الله البيع » فان الملك ملزوم لحلية التصرف و قبل الاجازة لايحل التصرف خصوصاً اذا علم عدم رضا المالك باطناً او تردده في الفسخ و الامضاء .

و ثالثاً سلمنا دلالة الدليل على امضاء الشارع لاجازة المالك على طبق مفهومها اللغوي والعرفي اعني جعل العقد السابق جايزاً ماضياً بتقريب ان يقال ان معنى الوفاء

بالعقد العمل بمقتضاه و مؤداه العرفي فاذا صدر العقد بالاجازة كانه وقع مؤثراً ماضياً كان مقتضى العقد المجاز عرفاً ترتب الاثار من حينه فيجب شرعا العمل به على هذا الوجه .

لكن نقول بعد الاغماض عن ان مجرد كون الاجازة بمعنى جعل العقد السابق جايزاً نافذاً لايوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفي ترتب الاثر من حين العقد كما ان كون مفهوم القبول رضى بمفهوم الايجاب وامضائه لايوجب ذلك حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الاثار من حين الايجاب، فتأمل ان هذا المعنى على حقيقته غير معقول لان العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه فاذا دل الدليل الشرعي على امضاء الاجازة على هذا الوجه الغير المعقول فلابد من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى ارادة معاملة العقد بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب آثار الملكية فاذا اجاز المالك حكمنا بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشترى وان كان اصل الملك قبل الاجازة للمالك و وقع النماء في ملكه انتهى .

و فيه للنظر مواقع منها قوله و يرد على الوجه الثاني اولا الخ فان عدم كون الزمان قيداً من البديهيات و لاحاجة في بيانه الى هذا التطويل ولكن يتم المطلوب مع الظرفية ايضاً لان تنفيذ العقد الواقع قبل الاجازة يستتبع ترتب جميع الاثار لان حدوث نفوذ العقد في زمان لايستلزم انتفاء الاثار قبل ذلك الزمان بعد النفوذ نعم يستلزم انتفاءه قبل الحدوث و هو مسلم معلوم .

ان قلت اختلاف زمان الحدوث وزمان الحادث غير معقول فكيف يحكم بحدوث آثار ماقبل الاجازة بها في زمانها وكما ان سبق التأثير على المؤثر غير معقول فكذا سبق الأثر وان تأخر التأثير مع ان الجمع بين هذا السبق و ذلك اللحوق مما لا يرجع إلى محصل .

قلت ان الممتنع اختلاف زمان الحادث من حيث انه ذلك الحادث بعنوان حدث له بالاجازة و اما ذات الحادث فلا مانع من اختلاف زمان تحققه مع زمان حدوث

عنوانه و بعبارة اخرى الحادث بالاجازة هو العنوان و هو ليس متقدماً على الاجازة قولا واحداً و انما المتقدم هو الذات المعنون بما حدث بها فالنماء الحاصل بين العقد و الاجازة لم يكن منطبقاً عليه ملك المشترى فانطبق بالاجازة فلم يختلف زمان الاثر والتأثير في الحقيقة .

و كشف السر ان كون العقد تمليكا من المالك و كون المبيع مملوكا للمشترى و كون تصرفه تصرفا في الملك و كون نمائه نماء ملكه امور انتزاعية دائرة مدار منشأ الانتزاع وتقدم العقد مع لحوق اجازة يكفى في صيرورة بيع الفضولى تمليكا من المالك و صيرورة كل ما ترتب عليه من افعال المشترى تصرفاً في الملك بعد ان لم يكن كذلك و كذا النماء لم يكن لكونه ملكا للمشترى منشأ انتزاع فصار بعد الاجازة متحققاً فبعد تحقق العنوان يتحقق الحكم الدائر مداره .

وهذا هو المراد بالكشف الحقيقي الذى نسب إلى الاكثر فكان الشيء المتقدم على الاجازة لكونه بعرضة اتصافه بما يغير حكمه ويبدله مجهول الحال فالنماء لاحتمال عوده إلى المشترى باجازة العقد المتقدم كانه مجهول الحال لعدم استقرار امره في هذا الحال ايضاً حيث ان الاجازة تجعله له حتى في هذا الحال ايضاً فافهم و اغتنم .

و الفرق بين الاجازة والقبول ما عرفت من ان القبول جزء السبب والاجازة تنفيذ للسبب التام وقد عرفت حقيقة التمامية قبلها مع التوقف عليها فلا يقاس الاجازة بالقبول.

واما الفرق بينها و بين الفسخ فهو ان الانحلال انما يبطل الاثار لانه رفع للموضوع فكما ان العقد يحقق الموضوع فالفسخ يزيله وزوال الموضوع لا يقتضى زوال الاثر الثابت حال وجوده بخلاف التنفيذ المقتضى لتحقق العنوان فيما حصل في الزمان المتقدم المستتبع لترتب جميع الاثار .

ومنها قوله و السر في جميع ذلك الخ فانك قد عرفت ان كون الزمان ظرفاً مسلم عند الكل و انما المناط ان الاجازة محققة للموضوع من حين العقد والفسخ انما يزيله من حينه و الفرق لا يظهر الا بتأييدالله جل جلاله .

و منها قوله و الحاصل الخ فان ترتب الاثار من حين وجود العقد ليس لتعرض

المجيز له فان هذا مما لا يمكن ان يدور مدار قصد المجيز حيث ان القصد لا يوجب تأثير المتأخر في المتقدم و بالجملة تأثير الاجازة لما تقدم عليها مستحيل بزعمهم فكيف يتحقق بقصد المجيز فنفى التأثير في الزمان السابق لعدم القصد مما يقضى منه العجب .

و اما قوله فلا يصير المالك بمنزلة العاقد الا بعد الاجازة فهى اما شرط او جزء سبب فأغرب و اعجب حيث ان تأخر التأثير مفروغ عنه و انما المدعى ان الاثر الحاصل بالاجازة صيرورة العقد ذااثر بالنسبة إلى ماقبلها لاان الاثر حاصل قبلها كى ينافي العلية و منه يظهر مافي قوله و بعبارة اخرى ، فان احداً لا يدعى كفاية ذات المقيد المجردة في التأثير انما المدعى ثبوت آثار ماقبل زمان حدوث القيد بعد حدوثه فتفطن.

ومنهاقوله واما ثانياً الخ فان الشرط الاصطلاحى ليس الامايتوقف تأثيرالمقتضى على تحققه و احداث التأثير في العقد السابق ليس الا لتوقف تأثير العقد عليه فلهذا لم يكن مؤثراً قبله فصار كذلك بعده و كيف لا يكون مقدماً على المشروط مع فرض توقف التأثير عليه و دورانه مداره .

و منها قوله لكن نقول الخ فان عدم تحقق شيء من الحكم الوضعى والتكليفى قبل الاجازة مما لا ريب فيه انما المدعى تحقق التأثير بالنسبة إلى ما قبل الاجازة فلا وقع لهذه الكلمات .

و منها قوله و ثالثاً الخ فان الامضاء اذا كان على طبق العرف فما الداعى إلى الالتزام بكونه على وجه التعبد فان الاجازة بحسب الطبيعة توجب نفوذ العقد من حين وقوعه بالفرض وامضاء الشارع له ليس الاتقريراً للضابطة فلامعنى لكون الكشف تعبدياً كما التزمه استاد مشايخنا الشريف و ارتضاه من تأخر عنه غالباً .

و مادعاه إلى ذلك القول من ان هذا المعنى على حقيقته غير معقول قد عرفت ما فيه و استحالة لحوق صفة التأثير للعقد الموجود على صفة عدم التأثير اوضحنا فسادها بحمد الله جل جلاله و استحالة خروج الشيء عما وقع عليه لا دليل عليها بل الدليل على خلافها .

الاترى ان الافعال التى يصدق عليها القتل غالباً ليست حال الصدور قتلا و انما

يصير كذلك بعد حين و قد اشرنا إلى النظائر فتدبر ، هذا مجمل الكلام في الكشف و لاستقصاء البحث فيه مقام آخر فظهر بعون الله تعالى سرما ادعيناه من تساوى الوجوه فيما حققناه و ان التفصيل مبنى على وجه عليل .

المقام الثاني ، من يثبت له

فهل المناط اجتماع عنوانى المالكية والبايعية اوقيام المعاملة به مطلقا اوصدق البايع مطلقا و لو باجراء الصيغة او غيرذلك وجوه سيأتى الاشارة اليها انشاء الله تعالى و قبل الخوض في المقصود لابد من الاشارة إلى امور :

الاول انا قد حققنا ان البيع عبارة عن المعاملة الخاصة المعبر عنها بالمبادلة وانه ليس من قبيل الالفاظ ولامن الكيفيات النفسانية بل انماهومن الامورالواقعيةالخارجية الاعتبارية الانتزاعية وهوفعل توليدى يتولد من الايجاب و القبول و هو نوع من مطلق العقد فكان كلا من حبلى الثمن و المثمن مشدود بالاخر بعقدة .

فهذا الارتباط المعبر عنه بالشد بالمعنى الاسمى هوعقد البيع بهذا المعنى الذى هو قسم من المعاملة فالنسبة بين العقد والبيع هو العموم المطلق لاما توهم واطلاق العقد على الايجابين مجاز فكيف يتوهم كونه حقيقة فيما يحصلان به وهو الصيغة فالبايع من استند اليه تحقق هذه الماهية في الخارج و الاستناد من وجوه :

منها كون امر المبيع راجعاً اليه لكونه مالكا فيقال (فلان باع داره) مع ان المتصدى للمعاملة وكيله او خادمه .

و منها رجوع امر المعاملة اليه و كون زمامها بيده وان كان بالنيابة او التوكيل و اليه يرجع الاول لان المناط انما هو رجوع الامر اليه و مجرد كونه مالكا للمبيع لا يكفى في ذلك كما هو الحال في المولّى عليه فان البايع انما هوالولى دونه مع انه المالك فالملك من وجوه رجوع امر المعاملة إلى الشخص .

و منها مباشرة الانشاء و اجراء الصيغة فهذه عناوين ثلثة قد تنطبق على شخص واحد .

الثانى ان الاحكام الثابتة للمتبايعين مختلفة فمنها مايثبت للمالكين كاحكام الربوا

فان المالكين اذا كانا زوجين لم يتحقق الربوا وان لم يصح استناد البيع اليهما ايضاً فان الحكم لم يثبت لهما من هذه الحيثية و كذلك بيع السلاح لاعداء الدين وبيع الخشب لمن يعمله صنماً و العنب لمن يعمله خمراً فان المناط في ذلك كله انما هو من ينتقل اليه المال و لولم يصدق عليه فاعل البيع.

نعم يكفى كون فاعل البيع كذلك ايضاً بالنسبة إلى تلك الاحكام في خصوص المعاملة بمعنى شرائه للمال لأن يعمل فيه المحرم و ان لم يكن من انتقل اليه كذلك بخلاف الحكم الاول فانه يدور مدار المالكين فتدبّر .

و منها ما يثبت لمن بيده زمام المعاملة ككراهة الدخول في سوم المؤمن اوحرمته و منها ما يثبت لمجرى الصيغة و مباشر الانشاء كاعتبار البلوغ والعقد و القصد .

الثالث لااشكال في ان غيرخيارالمجلس من سايرالخيارات حق ثابت للمالك سواء كان بايعاً ام لاوان ثبوته للبايع غيرالمالك انما هوبالتبع لابالاستقلال فيجب على الولى رعاية المصلحة او عدم المفسدة وكذا الوكيل امين فيه فينعزل بالعزل ولاينفذ تصرفه مع المنع .

و بالجملة ثبوت الخيار له ليس الا كثبوت ساير وجوه السلطنة على الضوابط العامة يراعى فيه ما يراعى في غيره و لهذا لورفع الحجر عن المولّى عليه زال عن الولى وثبت للمولى حينئذ مع انه ليس بايعاً فالولى بايع فلايناط ثبوت الخيار للشخص بكونه فاعلا للبيع وثبوته لمن اليه الامر من لوازم ثبوته في البيع وسيتضح سر التعبير في الرواية عمن له الخيار بالبيّع انشاءالله تعالى .

اذا عرفت هذا فنقول ان في المسئلة في بادى الرأى احتمالات .

الاول ثبوته لكل من ينسب اليه البيع ، الثانى و الثالث و الرابع ثبوته لواحد منهم خاصة فان الفاعل ثلثة ، الخامس و السادس و السابع و الثامن ثبوته لمستجمع العنوانين اوالعناوين ، التاسع والعاشر والحادى عشر ثبوته للاثنين من الثلاثة ، الثانى عشر ثبوته للمالك مقيداً بمباشرة الوكيل على ماهوالتحقيق في الخيار المجعول للاجنبى الثالث عشر ثبوته للوكيل اولا و انتقاله الى المالك بموته .

والتحقيق ان الخيار لكونه من مقولة الحقوق لايعقل ثبوته لغير المالك لان "الحقية" صفة اعتبارية تنتزع باعتبار عود فوائد الشيء إلى الشخص فما لا فائدة فيه اصلاً "أو لا يعود فائدته بل المعتد به منها إلى شخص لا يعقل ان يكون حقاً له ولهذا لا ينفذ اشتراط شخص على آخر عدم الاكل او الشرب او عدم التصرف في ماله حيث لا فائدة معتد بها في ماشرط عليه و اما اشتراط عدم نقض الجدار على الجار فهو في الحقيقة اشتراط لا بقائه و هو من الفوائد الخطيرة التى تصرف فيها الاموال و الاعمار و اما بالنسبة إلى غير الجا و من بحكمه فكالامور المتقدمة و هذا معنى تحريم الحلال على ما سيتضح الامر فيه انشاء الله تعالى .

و من المعلوم ان الفسخ و الايجاب لايعود فائدتهما الا إلى المالك و ما يتفق في بعض الفروض من تعلق غرض لغير المالك بهما لايكفى في تحقق ماهية الحق كما هو الحال في اشتراط ان لايتزوج و لايتسرّى .

و بالجملة فالحكم في غير خيار المجلس واضح و لاريب ان خيار المجلس ايضاً كساير الخيارات من الحقوق لمشاركته لها في الاثار و وقوعه في سياق خيار الحيوان في بعض الروايات وكيف كان فكونه بالنسبة إلى المالك من الحقوق مما لا اشكال فيه فيسقط باسقاطه وينتقل إلى وارثه وهو حقيقة واحدة لايعقل اختلاف حاله بالنسبة إلى المالك و غيره ، و اذ قد تحقق بعون الله جل جلاله انه لايعقل ثبوت الخيار مطلقا لغير المالك الا بالتبع فلو دل دليل على ذلك وجب طرحه كيف و لا دليل عليه ولا يستشم من الاخبار رايحته على ماسيتضح فيه الحال انشاء الله تعالى .

وهل يثبت للمالكين مطلقا ويسقط بافتراق الوكيلين عن مجلس العقد ان لم يحضرا فيه و الا فبافتراقهما أو بافتراقهما عن مجلسهما مطلقا حيث كان لهما مجلس او بافتراق المجموع عن مجلس العقد او بافتراق المالكين خاصة او الوكيلين كذلك؟ وعلى تقدير عدم الاجتماع او عدم الاكتفاء ببعض وجوه الافتراق فهل يثبت إلى ان يتحقق مسقط آخر او لا يثبت اصلا وجوه من ان الاجتماع هل هو شرط ومناط يعنى واسطة في العروض فالافتراق غاية او ان الافتراق مسقط حيث انه رضى فلا يتوقف الثبوت على الاجتماع و على الاول فهل المناط مطلق الاجتماع او الاجتماع للعقد او اجتماع المتعاقدين او اجتماع البيّعين مطلقا .

و بالجملة فلنا مقامان الاول ان هذا الخيار حق لا يثبت لغير المالك والثانى ان الافتراق مسقط لاغاية بمعنى أن الاجتماع لا دخل له فيه بوجه .

اما الاول فلانه مقتضى الضوابط و لا اشعار في الرواية بخلافه حيث انه لا اشكال في انها حاكمة على دليل اللزوم ناظرة اليه و مقتضاها ان يكون مفادها ثبوت الحق في العقد واما من يثبت له فهو معنى آخر لايمكن ان يراد من الحاكم من حيث هوكذلك فانه خارج عن حيث التحكيم و لايعقل ارادة المعنيين من كلام واحد .

و بالجملة فمفاد الحكم ليس الاسلب ماكان يتوهم من المحكوم عليه وهوفي المقام لزوم العقد واما كونه حقاً او حكماً كثبوته للمالك اوغيره فلاربط لهما بجهة الحكومة بل نقول ان ادلة الموانع لاتنافي ادلة المقتضيات بالذات ولاحكومة لها عليها بل النسبة بينهما كالنسبة بين المطلق و المقيد على ما هو التحقيق فمفاد كل منهما معنى مغاير لما يفيده الاخرو لهذا نعمل بهما معاً . فليس العمل على ادلة الموانع من جهة ان لسانها لسان التفسير بل يعتمد عليها و ان كانت لبيّة وكونها لفظية لا تفرق بين وجوه التعبير و شئون البيان ولااشكال ان دليل خيارالمجلس لايدل على انتفاء الاقتضاء من البيع قبل الافتراق و الا لاستند لزوم البيع دائماً إلى امر خارج و هو ينافي لماثبت من ضروريات الباب .

فمحصله ان الشارع منع العقد عما يقتضيه و هذا المنع لا يعقل الا ان يكون محصله ثبوت الحق للمالكين فان السلطنة الثابتة بالمنع ليس الا ماكان ثابتاً قبل العقد و لم تكن الالهما .

توضيح ذلك ان السلطنة على الفسخ قد تكون ناشئة عن عدم لزوم العقد كماهو الحال في العقود الاذنية فان السلطنة على الفسخ فيها ليست الاالقدرة على الاذن وكون امره راجعاً اليه فانفساخ العقود الاذنية بالفسخ ليس الازوال آثار الاذن بزواله وكون الاذن اختيارياً للآذن حدوثاً وبقاء من البديهيات وإلى هذا اشرنا في صدرالبحث حيث حكمنا بان الجواز ذاتى لهذه العقود وعليه يتفرع عدم امكان لزوم الوكالة وان اشترط في عقد لازم و ما وقع في باب الرهن فانما هو جعل ولاية و لعله يتضح بتوفيق الله جل

جلاله في خيار الشرط .

و بالجملة فهذه السلطنة ليست من الحقوق بل هى في الحقيقة من شئون سلطنة الشخص على نفسه لاتسقط بالاسقاط و لا تنتقل بالصلح و الميراث و بقاؤها بعد العقد ليس بتصرف جديد وليس مثل هذا السلطان للشخص على غيره ولهذا لايصلح للاسقاط.

و قد تكون كذلك و لكنه من شئون السلطنة على المال الباقية ببقاء سببها كما هو الحال في الهبة الجايزة فان السلطنة على نقل المال إلى الغير كالسلطنة على الوقف و العتق ناشئة عن السلطنة على المال اى ملك الرقبة فالسلطنة الاولى مقتضى السلطنة الثانية تابعة لها في الجملة بمعنى انه قديمنع من الاولى مانع مع ثبوت الثانية كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه بجميع شئونه واطواره وقدتثبت لمن ليست لهالسلطنة الثانية كما في الاولياء فان الولى يستقل بالسلطان على وجوه التقلب مع ان مالكالرقبة انما هو المولّى عليه و مع ذلك فما للولى تابع لما للمولّى عليه بمعنى انه لو لم يكن مملوكا له لم تعقل هذه الولاية .

و لا ينافي هذا الاستتباع استقلال الولى فهما نحوان من السلطنة يجتمعان و يفترقان و لكنهما يتحدان بالاجتماع فالواهب لايملك الرقبة بعد الهبة و لكنه يملك ان يملك وهذا هوسلطان النقل إلى الغيرالذى لم يزل بالهبة حتى على سبيل الاقتضاءفهو من اول الامر كان له ان لا ينقله إلى الغير و على تقدير النقل كان له الارتجاع لعدم زوال سلطانه فتبين سر" عدم كون جواز الفسخ و نفوذه في الهبة من الحقوق ايضاً .

و قد تكون السلطنة ناشئة عن ثبوت منع او مانع بعد تحقق المقتضى لزوال السلطنة على المال بجميع مراتبها كما هو الحال في الخيار فان العقد مقتض لاستقلال من انتقل اليه المال بالملك و لكن الخيار يمنعه عن ذلك فهذه السلطنة عين السلطنة الاولى من جهة و غيرها من اخرى كما انها سلطنة على المال من جهة و على الشخص من اخرى فهو امر بين الامرين و برزخ بين العالمين .

اما كونها عين الا ولى فلان الخيار انما هو منع للعقد فالاثر مستند الى المقتضى الاول بل ملك الرقبة المترتب على الفسخ ايضاً كذلك كما لا يخفى ، و اما انها غيرها

فلكونها بتصرف جديد و سبب حادث و اما كونها سلطنة على المال فلان الثابت سابقاً لم يكن الا ذلك وهو لاينافي الرجوع الى البدل وعدم المنع من نفوذ تصرف من انتقل اليه كما هو الحال في الاقالة و اما كونها سلطنة على الشخص فلان امر المال رجع اليه باقتضاء العقد فالسلطنة على الفسخ قهر على من كان مستقلا بخلاف جواز الفسخ في الهبة فان الاستيلاء على المال بجميع مراتبه لم يثبت للمتّهب بالهبة حتى على سبيل الاقتضاء .

و بهذا يتضح السر في كون الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط و انه لا يعقل ثبوته لغير المالك و عليك بالتدبر التام فانى اشرت الى معان دقيقة نافعة اشارة لطيفة لا تنفع الا للفقيه النبيه و اما الجاهل المغرور فربما يزعم لقلة بضاعته و غروره ان ما حققناه من وضوح الفساد بمكان .

و بالجملة فليس الغرض اثبات شيء للبيّع من حيث استناد البيع اليه بل انما المقصود اثبات حكم في البيع وثبوته للبيّعين من لوازم ثبوته في البيع من الطرفين والبيّع هو من قام به البيع لافاعله وصدقه على كل من البايع والمشترى على حد سواء بخلاف فاعل البيع فانه الموجب لاغير .

فالعدول عن البايع إلى البيّع ايضاً للتنبيه على ان الغرض ليس الابيان ثبوت الخيار في البيع المستلزم لثبوته لمن اليه الامر سواء كان بالملك او الوكالة او الولاية كما ان العدول عن اللام المفيدة للاستحقاق إلى كلمة با التى لاتفيد الا مجرد الربط الذى هو الجامع بين جميع الحروف ايضاً لذلك فان التلبّس بالخيار هو المتحقق بالنسبة إلى مطلق من اليه الامر فانه الجامع بين الثبوت بالاستحقاق والولاية والوكالة فمفاد الرواية ليس الاثبوت الخيار في المعاملة من كل من الطرفين و ثبوته لكل من البيعين لازم له غالباً حيث ان المعاملة غالباً قائمة بشخصين فدلت الرواية على ان ماكان لمن اليه الامر من السلطنة على المال لاتزول بالبيع سواء كانت بالملك او الولاية او الوكالة .

فما الطف هذا التعبير حيث انه جمع بين الاعراض عن بيان من له الحق و بين تعميم التلبس فيستفاد منها ثبوت الخيار بالولاية و الوكالة على ما هو مقتضى الضوابط من غير ان يكون هذا المعنى هو المقصود بالاصالة بل انما الغرض الاصلى هو تطرق الخيار

في البيع من كل من الطرفين فافهم .

فالحاصل ان من بيده زمام البيع و يقوم به لا ينقطع سلطانه رأساً بمجرد وقوع المعاملة على ماهومقتضى البيع بل له استرجاع ما خرج عن سلطانه فالثابت بها انماهو السلطان على اعادة السلطنة الاولى لااثبات سلطنة ابتدائيه ولاتعرض فيهالحال السلطنة الاولى فالوكيل في مجرد اجراء الصيغة لم يكن له سلطان حتى بالتوكيل والاستنابة لولا اللزوم بخلاف الوكيل في البيع و توابعه و الولى و المالك فان لكل منهم يد على المال وسلطنة على اختلاف انحائها والدليل يدل على ان تلك السلطنة لم تستأصل بل لصاحبها اعادتها بالفسخ و من المعلوم ان الاستقلال بالخيار على هذا الحكم لا يمكن استفادته من الرواية لغير المالك .

و لا يخفى ان هذا ليس من قبيل استعمال اللفظ في المعنيين حيث ان ثبوته بالاستحقاق للمالك تأسيس ولغيره تأكيد لادلة الولاية والوكالة فانها انما تدل على عدم زوال ماكان من السلطان من غير تعرض للخصوصيات وانما تفيد حكماً سلبياً كماهوالحال في الحاكم و لاتفيد حكماً اثباتياً فضلاعن ان تفيد الخصوصيات فلاتفيد الاان المانع غير مستقر في منعه بل لمن اليه الامر ازالة العقد و اقراره .

و اما المقتضى فلايعقل ان يتعرض له هذا الدليل ولايخفى انه لا منافاة بين كونه حقاً للمالك و ثبوته لغيره كما هو الحال في المجعول للاجنبى ففى المقام المستحق انماهو المالك و ان لم يكن تصرفه نافذاً للحجر كما هو الحال في المولّى عليه فلا منافاة بين الثبوتين بل يجتمعان ومنه يظهر ان كون الشخص بيّعاً ليس مناطاً في ثبوت هذا الحكم كما ان التعدد لادخل له فيه قطعاً فان هذه جهات الثبوت .

و قد تبين ان مفاد الرواية انما هو حكم سلبى و لهذا اختار في (التذكرة) ثبوته للعاقد عن الاثنين مع ان التثنية و الجمع حيث جعلا عنوانين للحكم فانما يفيدان التعميم بالنسبة إلى الافراد والمصاديق حيث ان الحرف و ما بمنزلته آلة لملاحظة غيره فموضوع الحكم انما هو الكلى و الالة انما هى لتعيين جهة الاستعمال فقوله عليه السلام البيعان بمنزلة قولنا كل واحد من البايع و المشترى و اين التعميم من اعتبار التعدد .

ومن الغرائب ما في (التذكرة) من انه: لواشترى الوكيل اوباع اوتعاقد الوكيلان فالاقرب تعلق الخيار بهما و بالموكلين جميعاً في المجلس والافبالوكيلين فلو مات الوكيل في المجلس و الموكل غايب انتقل الخيار اليه لان ملكه اقوى من ملك الوارث انتهى . فان استقلال الوكيل بالخيار من حيث كونه عاقداً قدعرفت فساده ثم انتقاله إلى الموكل بالميراث اغرب وفساده اظهر وفي اعتبار الاجتماع في مجلس العقد في ثبوت الخيار للموكلين ما سيظهر فساده انشاء الله تعالى . هذا مجمل الكلام في المقام الاول .

* [المقام الثانى] *

و اما المقام الثانى فالاصل فيه يقتضى خلاف مااخترناه حيث ان ثبوت الخيار مع الاجتماع هو المتيقن الا ان المستفاد من الرواية ما اخترناه و يدل عليه كل فقرة من فقرات الرواية اماقوله عليه السلام البيعان بالخيار فلان موضوع الحكم فيه البيع حيث حكم عليه بان فيه الخيار على ما حققناه و ظاهر جعل شيء موضوعاً في القضية انه لا واسطة له في العروض فان الموضوع للحكم فيما له واسطة في العروض انما هو الوسط و لبيان وجه الظهور و اعتباره مقام آخر فالبيع من حيث هو فيه الخيار من غير ان يكون لاجتماع المتعاقدين دخل فيه و اما قوله عليه السلام «مالم يفترقا» فمن وجوه منها جعل عدم الافتراق ظرفا و مقتضى مدخليته ان تدخل عليه اداة الشرط فالعدول عنها لاوجه له الا التنبيه على عدم مدخليته .

و منها العدول عن تحديد الحدوث إلى تحديد البقاء فان الذى يناط به البقاء خاصة انما هو عدم الرافع و اما الواسطة في العروض فيتوقف عليه الوجود من حيث هو .

و منها جعل الحد عدم الافتراق لا الاجتماع و الذى يتوقف المعلول على عدمه انما هو الرافع و المزيل و اما غيره فانما يتوقف على وجوده و ذلك ليس الا لان عدم الرافع ليس من سلسلة العلة و انما وجوده قادح و هذا معنى كون عدمه شرطاً و قد اوضحنا في مواضع انه لامعنى لكون عدم الرافع شرطاً بل لامعنى لتأثير العدم ولاينافيه قولهم ان عدم الممكن معلول لعدم علته فانه عبارة اخرى عن ان وجوده معلول للوجود

و اما قوله عليه السلام (فاذا افترقا وجب البيع) فلان تفريع اناطة الوجوب بالافتراق على جعل عدمه ظرفا صريح في انه مسقط حيث ان الرافع انما هوالذى لوجوده دخل في عدم المعلول وارتفاعه وليس لعدمه دخل في وجوده على ماعرفت مع ان ظاهر الافتعال كون الفعل اختيارياً كما صرح به علماء البيان في قوله تعالى « و عليها ما اكتسبت » .

وعلى تقدير كون الاجتماع واسطة في العروض لا يعقل الفرق بين وجوه الافتراق ضرورة زوال الموضوع بزوال مناطه و منه يظهر وجه دلالة قوله عليه السلام «فلا خيار» و اما قوله عليه السلام بعد الرضى فمن الصراحة بمكان وتخصيص هذا المسقط بالذكر لغلبة تحققه واختصاص خيار المجلس به بل سيظهر انشاءالله تعالى انه ليس مسقطاً ايضاً كما انه ليس غاية و يدل عليه ايضاً حتى يفترقا على ما في بعض الروايات فانه صريح في ان الغرض بيان الامد و ان الافتراق قاطع للامتداد .

وهذه الوجوه لدقتها لا تكاد تتضح الا للخبير بدقايق العربية ويتوهم انها اشعارات لا دليل على الركون اليها بل بعضها مبتنية على دقايق فلسفية لا تصلح لان تكون مناطاً للدلالات العرفية و لبيان اعتبارها و كونها دلالات عرفية مقام آخر ، و انما نشير إلى ما يتنبه النبيه اشارة اجمالية .

ففى رواية (زرارة) استدل عليه السلام على ان المسح ببعض الرأس بتغيير الاسلوب و بتخصيص امسحوا بالتعدية بكلمة (باء) مع مشاركتها لقوله تعالى فاغسلوا في كونهامتعدية بنفسها وقد اوضحنا الحال فيه في رسالتنا في (حجية الظن) و بينا فساد ما يتوهم من ان مفادها دلالة كلمة باء على التبعيض واستعمالها فيه مع ان فيما اشتهر من ان ورود القيد مورد الغالب لا يقدح في الاطلاق كفاية في التنبيه على هذا النحو من الدلالة و اذ قد تحقق ان الافتراق مسقط فلا اشكال في بقاء الخيار عند تصادق العنوانين إلى أن يسقط باحد المسقطات فلاوجه لكونه على الفور وسقوطه بمفارقة المجلس .

ومما حققناظهر ما في كلمات الاصحاب قدس سرهم من التشويش والاضطراب ولا بأس بالاشارة إلى شطر من ذلك ففى (المسالك) اطلاق المتبايعين يشمل المالكين و الوكيلين والمتفرقين لان المتبايعين من فعلا البيع وهو ان كان عبارة عن الايجاب و القبول فظاهر

اطلاقه على من اوقع الصيغة سواء كان مالكا ام وكيلا و ان كان عبارة عن نفس انتقال الاعيان إلى آخر ففاعل الانتقال و محدثه هو المتعاقدان ايضاً لكن الحكم في المالكين واضح .

واما الوكيلان فان لم ينص لهما الموكل على الخيار لم يكن لهما الفسخ فينتفى الحكم عنهماوان وكلهما فيه فان كان قبل العقد بنى على التوكيل فيما لا يملكه الموكل هل يصح بوجه ام لا و سيأتى في بابه انشاء الله تعالى فان لم نجوزه لم يكن لهما ذلك ايضاً وان جوزناه او كان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيارما لم يفترقا عملا باطلاق الخبروهل يثبت مع ذلك للموكلين اذا حضرا المجلس قيل نعم لان الخيار لهما بالاصالة و لانهما بيعان عرفاً اذ يصدق على المالك البايع انه باع متاعه اذ كان قد وكل في بيعه و باعه الوكيل وكذا المشترى ويحتمل العدم لانهما ليسا بايعين بمعنى موقعى الصيغة ولا ناقلين للملك و انما اوقعها و نقله الوكيلان و يحتمل ان لا يكون الخيار الالهما لانهما المالكان حقيقة المستحقان للخيار اذ الاصل في الوكيلين ان لا يستحقا خياراً فلا يتناولهما الخبر .

ثم على تقدير ثبوت الخيار للجميع او للمالكين فهل المعتبر تفرق الوكيلين ام المالكين ام الجميع كل محتمل و يشكل بتثنية ضمير يفترقافي بعض الموارد ومن ثم قيل بان المراد بهما المالكان و الضمير لهما و دخول الوكيلين في الحكم بامر خارج والوجه ثبوته لكل واحد منهما واعتبار تفرق كل منهما في خيار نفسه لافي خيار الاخر والمسئلة من المشكلات انتهى .

و فيه مواقع للنظر منها قوله وهو وان كان عبارة الخ فان البيع عبارة عن تبديل مال بمال و الصيغة انما هى آلة له كما ان الانتقال من آثاره وما يترائى من الاختلاف في كلماتهم فانما هو تسامح منهم في التعبير على ما بيناه في تعريف البيع فلا خلاف في ماهية البيع كي يتفرع عليه اختلاف حال هذا الفرع مع انه على تقديره لايوجب ايضاً ذلك حيث ان كون الشخص فاعلا للبيع لادخل له في تحقق هذا الحكم و قد حققنا ان مفاد الرواية ثبوت هذا الحق في البيع من الطرفين و ان معنى قوله البيعان بالخيار أن

البيع فيه الخيار بالنسبة إلى كل من الثمن و المثمن فلا يختلف الحكم بالاختلاف في حقيقة البيع و ماهيته و ان اختلف الحال بتحقق احد المعنيين دون الاخر فتأمل .

و منها قوله لكن الحكم الخ فانه لوكان حكماً تعبدياً دائراً مدار تحقق عنوان فاعل البيع كما هومقتضى كلامه المتقدم فلايختلف الحال في المالكين والوكيلين وضوحا و خفاء كما انه لادخل لتنصيص الموكل على الخيار و توكيله فيه وان كان حكماً ثابتاً في البيع على خلاف القاعدة وان كان ثبوته لكل من المالك والوكيل على الضوابط على ما حققناه فلا اشكال في الرواية ولا في الحكم .

ومنها قوله عملا باطلاق الخبرفان ثبوت الخيار للوكيل بالتوكيل بعد الانطباق على القواعد لامعنى للاستناد فيه إلى اطلاق الخبر ومنها قوله وهل يثبت الخ فان ثبوت الخيار للوكيل بالتوكيل كما هو المفروض حيث اناطه بتنصيص الموكل و نفوذ الوكالة في مثل المقام لا ينفك عن ثبوته للموكل بالضرورة و اعتبارالحضور في المجلس قد عرفت فساده .

و منها قوله ان الاصل في الوكيلين الخ فان الاستناد إلى الاصل في عدم تناول الدليل من الغرايب مع أن استحقاق الوكيل لم يكن مما احتمله وانما الذى احتمله ثبوته له بالوكالة و منها قوله و يشكل ، فانك قد عرفت ان الاستحقاق لا يعقل ان يكون لغير المالك وان المسقط افتراق من قام به البيع ولا يختلف الحال حينئذ بالنسبة إلى المالكين و الوكيلين و لا يعقل التفكيك بين الخيارين بسقوط احدهما دون الاخر فتدبر .

ويظهر مما مر ما في ساير فقرات كلامه اعلى الله في الفردوس مقامه و لشيخنا قده في المقام ما يقرب منه قال و الاولى ان يقال ان الوكيل ان كان وكيلا في مجرد اجراء العقد فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقاً لجماعة منهم (المحقق) و(الشهيد) الثانيان لان المتبادر من النص غيرهما و ان عممناه لبعض افراد الوكيل و لم نقل بما قيل تبعاً (لجامع المقاصد) بانصرافه بحكم الغلبة إلى خصوص العاقد المالك مضافاً إلى ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق وسلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه فلايثبت بها هذاالتسلط لولم يكن مفروغا عنه في الخارج

الا ترى انه لوشك المشترى في كون المبيع ممن ينعتق عليه لقرابة او يجب صرفه لنفقة او اعتاقه لنذر فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه لادلة الخيار بزعم اثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البايع و عدم وجوب عتقه هذا مضافا إلى ملاحظة بعض اخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان الذى لايرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في اجراء الصيغة فان المقام وان لم يكن من تعارض المطلق والمقيد الاان سياق الجميع يشهد باتحاد المرادمن لفظ المتبايعين مع ان ملاحظة حكمة الخيار تبعّد ثبوته للوكيل المذكور مضافا إلى ادلة سايرالخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصيغة لاينبغي من الفقيه و الظاهرعدم دخوله فياطلاق العبارة المتقدمة عن (التذكره) فان الظاهرمن قوله اشترى الوكيل او باع تصرف الوكيل بالبيع و الشراء لا مجرد ايقاع الصيغة .

و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوته للوكيلين المذكورين كما هو ظاهر (الحدائق) و اضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل بزعم ان الخيار حق ثبت للعاقد بمجرد اجرائه للعقد فلا يبطل بمنع الموكل .

و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه اشكال من ان الظاهر من البيعين في النص المتعاقدان فلا يعم الموكلين و ذكروا انه لوحلف على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله و من ان الوكيلين فيما نحن فيه كالالة للمالكين و نسبة الفعل اليهما شايعة و لذا لا يتبادر من قوله (باع فلان ملكه الكذائى) كونه مباشراً للصيغة و عدم الحنث بمجرد التوكيل في اجراء الصيغة ممنوع فالاقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما في مجلس العقد و المراد به مجلسهما المضاف عرفاً الى العقد فلو جلس هذا في مكان و ذاك في مكان آخرفاطلعا على عقدالوكيلين فمجرد ذلك لا يوجب الخيارلهما الااذا صدق كون مكانيهما مجلساًلذلك العقد بحيث يكون لوكيلان كلسانى الموكلين و العبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لابالوكيلين .

هذا كله ان كان وكيلا في مجرد ايقاع العقد و ان كان وكيلا في التصرف المالى كاكثر الوكلاء فان كان مستقلا في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظير العامل في القراض و اولياء القاصرين فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم

النص ودعوى تبادر المالكين ممنوع خصوصاً اذا استندت الى الغلبة فان معاملة الوكلاء و الاولياء لا تحصى انتهى .

و فيه ما عرفت من ان ثبوت الخيار للوكيل و الولى بالوكالة و الولاية مقتضى ادلتهما وليس مما يستشكل فيه كما ان الاستحقاق غير متعقل فيهما و ليس الخيار الا من سنخ الحقوق فكيف يتعقل استقلال غير المالك به فثبوته للوكيل في الصيغة غير معقول ولا محصل للاستدلال عليه بقصور الدليل .

و قوله مضافاً الخ محصله ان الخيار يتوقف على كون ما هوفيه تحت سلطان من له ذلك فان ما لا يرجع امره الى الشخص لا يتعقل جعل الخيار له فيه و الوكيل في مجرد الصيغة لا سلطنة له على المال فكيف يعقل ان يكون له فيه الخيار فالسلطنة على رد ما انتقل اليه مما يتوقف عليها السلطنة على ارتجاع ما انتقل عنه و لا يكن اثباتها بما دل على ثبوت هذه السلطنة فالوكيل في اجراء الصيغة لا سلطنة له على رد المال و سايروجوه التقلب مع قطع النظر عن ادلة الخيار و لايعقل اثبات هذه السلطنة له بها ايضاً .

وفيه ان الخيار على ما حققناه على قسمين حيث ان الفسخ قد يتعلق بالعقد مطلقا كالاقالة فلا يختلف الحال ببقاء العين و تلفها و قد يتعلق به على وجه خاص كالرد و الارتجاع والسلطنة على رد العين انما تعتبر في الثاني و خيار المجلس من الاول على ما احتمله في (الدروس) مع ان هذا لا ربط له بما نحن فيه بوجه حيث ان المبحوث عنه انما هو سلطان الوكيل على الفسخ و نفوذه منه المستتبع لعود كل من المالين الى من انتقل عنه والسلطنة على الرد ان اريد بها السلطنة على اعادة المال الى من انتقل عنه فهى عين الخيار وليست مما يتوقف عليه وان اريد بها السلطنة على اخذ المال من الموكل و دفعه الى الوكيل فلاوجه لتوقف الخيار عليها بل ولا يلتزم بها القائل بثبوت الخيار له .

الا ترى ان الاجنبى المجعول له الخيار لا سلطان له على المال و تأثير فسخه في عود كل من العوضين على ما كان عين الخيار و ما ذكره من النظائر لا تشبه ما نحن فيه حيث ان الشك فيها في صلوح المال للعود ومن المعلوم ان صلاحية المحل لا يمكن

احرازها بادلة الاسباب مع ان الشك في الموارد المذكورة في المانع ولا منافات بين وجود المقتضى و الاقتران بالمانع و ادلة الخيار انما تدل على الاقتضاء و عدم استيلاء الوكيل على مال الموكل ليس مانعاً من عوده الى من انتقل عنه فلا مناسبة بين المقام و بين ما ذكره من المثال .

و اما ما افاده من ان الفقيه لا يرضى بالتزام ثبوت خيار الحيوان للوكيل في اجراء الصيغة ففى غاية المتانة الا انه لا يرضى ايضاً بتخصيص خيار الحيوان بذلك حيث ان المناط انما هووضوح كون الخيارمن الحقوق و عدم ثبوته لغير المالك واضح .

و أما قوله و اضعف منه الخ . ففيه ان المستفاد من مواضع من كلامه ان المدعى استقلال الوكيل بالخيار و من المعلوم عدم قدح منع الموكل فيه كما لا يتوقف على اذنه .

و بالجملة فالذى يدعى ثبوته لمن لا وكالة له في الخيار بحكم الرواية تعبداً لا مناص له عن الالتزام بان منع الموكل لا يقدح في ثبوته له فتأمل قوله و على المختار الخ فيه ان الفعل لابد له من فاعل و انما لا يحكم بثبوت الخيار للوكيل في الصيغة لضعفه في الفاعلية فيتعين الموكل لكونه فاعلا للبيع و البناء على ان البايع ظاهر في العاقد ينافى ما اختاره سابقاً فبعد البناء على عدم ثبوته لمجرى الصيغة استناداً إلى ان المتبادر من البيع غيره لا وجه لهذاالكلام .

قوله ولكن مع حضورهما الخ فيه مضافاً إلى ما عرفت من انه لا وجه لاعتبار الاجتماع مطلقا انالذى يتفرع على اعتبار الاجتماع في مجلسالعقد عدم ثبوت الخيار لهما على تقدير عدم حضورهما في مجلس العقد و اما كونهما في مكان واحد أوفيمكانين فلا ربط له بالمقام مع ان تعدد المكان ووحدته امر نسبى يختلف الحال فيهما باختلاف العنوانين و المناط في المقام انما هو مجلس العقد و في جعل كون الوكيلين كلسانى الموكلين حيثية تقيدية لصدق كون مكانى الموكلين مجلساً للعقد ما لا يخفى فان المناط في الالية والاستقلال انما هو التوكيل ولايختلف الحال من هذه الجهة باختلافالمجلس فبعد فرض كون الوكالة في مجرد اجراء الصيغة كما هو صريح قوله هذا كله الخ لايكاد

ان يكون لهذه الحيثية معنى محصل .

قوله و ان كان وكيلا في التصرف الخ فيه ان ثبوت الخيار بالوكالة للوكيل في الخيار لاوجه للتأمل فيه الاما اشاراليه في (المسالك) وهو اجنبى عن جهة البحث مع انه لا يصلح لان يكون وجهاً للتأمل مع ان هذا الاشكال لا يندفع بالنص فاستظهار الثبوت استناداً إلى النص لاوجه له مع ان مجرد كونه وكيلا في التصرف المالى يكفى في شمول البيع له وعدم انصرافه إلى غيره ولا يكفى في ثبوت الخيار له فانه يعتبر فيه كونه وكيلا في خصوص الخيار سواء كان وكيلا في غيره من نفس المعاملة و ساير التصرفات كالتقابض ام لا فمناط ظهور العنوان غير ما هو المناط في الحكم و الالتزام بثبوت الخيار لمن ليس وكيلافيه بل يمنع منه لقيام المعاملة به . و رجوع امرها اليه لاطلاق النص كما ترى .

ثم قال وهل يثبت للموكلين ايضاً مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة اشكال من تبادر المتعاقدين من النص وقد تقدم عدم حنث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله و من ان المستفاد من ادلة ساير الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص كون الخيار حقاً لصاحب المال شرعا ارفاقا له و ان ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه الا ان يدعى مدخلية المباشرة للعقد فلا يثبت لغير المباشر و لكن الوجه الاخير لايخلو عن قوة وحينئذ فقد يتحقق في عقد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد أو من الطرفين فكل من سبق من اهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقين انتهى .

و فيه ان العقد ان كان عبارة عن الصيغة فكون المتبادر من النص فاعله ممنوع بل الامر بالعكس فان البيع حينئذ يغاير العقد ضرورة ان موضوع الاحكام والادلة ليس ما به الانشاء نعم لمجرى الصيغة دخل ضعيف في الفعل يصح باعتباره استناده اليه و كيف كان فاجراء الصيغة من حيث هو لا يوجب جواز استناد البيع اليه و انما فاعل البيع حينئذ هو الموكل أو الوكيل من حيث رجوع الامر اليه لا من حيث اجراء الصيغة و ان كان عبارة عن المعاملة على ماهو مقتضى التحقيق فالمناط في استناده الى الشخص ليس اجراء الصيغة فانها آلة صرفة والمناط في الفاعلية انما هو ايجاد المقتضى فالوكيل في المعاملة

بايع بل بيّع كالولى و ان لم يباشر الصيغة و قد عرفت ان كون الخيار حقاً وعدم ثبوته لغير المالك لا حاجة في اثباتهما الى مراجعة ادلة الخيار و كون ثبوته للوكيل بالنيابة يستلزم انحصار الحق في المنوب عنه واختصاصه به ونفوذ التصرف بالنيابة ليس من ثبوت الخيار للنائب في شيء فليس السبق الى الاعمال منشأ للسقوط وانما الثابت خيار واحد لشخص واحد و من المعلوم سقوط بالاعمال مطلقا سواء كان بنفسه او بوليه او بوكيله .

ثم قال : ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد او عن مجلس العقد او بتفرق المتعاقدين او بتفرق الكل فيكفى بقاء اصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد وجوه اقواها الاخير انتهى .

و فيه ما عرفت من ان الافتراق مسقط لكونه رضى فهو مؤثر من كل من يؤثر ايجابه و فسخه فيكفى تفرق الوكيلين و اما الموكلان فلا اجتماع لهما للعقد والمناط زوال الاجتماع للعقد على ما سيتضح انشاء الله تعالى و ما اختاره لا وجه له .

ثم قال و ان لم يكن مستقلا في التصرف في مال الموكل قبل العقد و بعده بل كان وكيلا في التصرف على وجه المعاوضة كما اذا قال له (اشترلى عبدا) فالظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل لالانصراف الاطلاق الى غير ذلك بل لما ذكرنا في القسم الاول من ان اطلاق ادلة الخيار مسوق لافادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عنه بعدالفراغ عن تمكنه من رد ماانتقل اليه فلا تنهض لاثبات هذاالتمكن عندالشك فيه ولاالتخصيص مادل على سلطنة الموكل على ماانتقل اليه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده الى مالكه الاصلى .

و فيه ما عرفت من ان عدم المانع عن عود العوضين الى من انتقل عنه و ان كان معتبراً فى نفوذ الفسخ حيث كان الحق متعلقاً بالعين خاصة و لكنه اجنبى عن المقام و كون من له الخيار مسلطاً على ما انتقل اليه بالمعنى المتصور في المقام الذى يثبت بالوكالة لا وجه لاعتباره في الخيار فان جواز اخذ المال من الموكل و اعطائه لمن انتقل عنه الثابت بالوكالة المتفرع على الفسخ كيف يتعقل ان يتوقف عليه الخيار كى يختلف الحال باختلاف الوكالة و في بقية كلامه ما يظهر بالتأمل فيما مر

و في(جامع المقاصد) والذى يجب ان يحقق في الحديث ان البيعين ان اريد بهما العاقدان لانفسهما لم يعم الوكيلين و لا الموكلين و ان اريد بهما مالك المبيع و مالك الثمن لم يطابق اول الحديث آخره الا اذا كان المالكان هما العاقدان لان قوله عليه السلام مالم يفترقا لا يصدق في المالكين اذا كان العاقدان غيرهما لانه يصير معناه حينئذ البيعان بالخيار مالم يفترق العاقدان و هو غير ظاهر الاان يدعى وجود القرينة الدالة على مرجع هذا الضمير و هى ذكر طرو الافتراق المقتضى لسبق الاجتماع للعقد او يقال ان الحديث دال على حكم المالكين المتعاقدين لانه الغالب وحكم ما اذا كان العاقد وكيلا مما يستفاد من خارج اما العاقد الواحد فلا دليل على ثبوت الخيار معه على اى تقدير نزلت فان البيعان لايقع على الواحد الا ان يدعى المجاز نظراً الى انه باعتبار كونه موجباً قابلا بمنزلة العاقدين و فيه ما لايخفى و أنا في هذه المسئلة من المتوقفين انتهى .

و فيه للنظر مواقع منها قوله ان البيعين ان اريد الخ فان هذا التردد لا وجه له لان عقد الشخص لنفسه و لغيره لا دخل له في جواز نسبة البيع الى الشخص اوانصرافه على تقديران يكون البيّع عنواناً كيف وقد عرفت انه ليس كذلك بل الحق انما يثبت في البيع بمقتضى الرواية من غير تعرض لمن يثبت له مع ان المالك لا يصدق عليه البيع من حيث هو كذلك فلا وجه لدوران الامر بين المالك و بين العاقد من حيث كونهما مالكا و عاقداً و بين جامع العنوانين بل لو كان من قام به امر البيع عنواناً للحكم كما يوهمه التعبير بالبيّع اوالفاعل الموجد له عنواناً كما يوهمه التعبير بالبايع دار الامر بين كفاية ايجاد الصيغة التى هى الالة على الثانى و اعتبار امر زائد عليه دون الاول فان عدم مدخلية كون الشخص مجريا للصيغة على الاول من الواضحات و على تقدير اعتبار استناد المعاملة اليه و عدم الاعتبار باجراء الصيغة فالمناط تفرقهما عن مجلس المعاملة و ان لم يتحد مع مجلس الصيغة ولا دخل للتفرق عن مجلس الصيغة في بقاء الحق فلا يلزم التفكيك على كل تقدير .

و منها قوله و ان اريد بهما المبيع ومالك الثمن الخ فانك قد عرفت ان المسقط

حينئذ تفرقهما عن مجلس المعاملة لو كان لهما اجتماع لها و ان خالف مجلس الصيغة و الا فليس التفرق مسقطاً حينئذ كما اذا لم يكن اجتماع اصلا فقوله لم يطابق الخ لا وجه له .

و منها قوله لان قوله عليه السلام مالم يفترقا لا يصدق الخ فانك قد عرفت انه يمكن ان يصدق حيث كان لهما اجتماع للمعاملة و على تقدير العدم فعدم الصدق غير قادح كما اولم يكن اجتماع اصلا سواء قلنا بثبوت الخيار وعدم المسقط كما هوالحق او قلنا بعدم ثبوته حينئذ و اختصاص المجتمعين بالخيار مع انك قدعرفت ان من له الحق غير مذكور في الرواية و انما المذكور فيها من اليه الامر من حيث هو كذلك و من المعلوم ان خروج الامر من يده دائر مدار افتراقه عن مجلس المعاملة و سقوط حق ذى الخيار و ان لم يكن بايعاً كما هو الحال في المولّى عليه معنى آخر غير مذكور في الرواية كما ان استحقاقه كذلك فتفطن .

و منها قوله لانه يصير معناه حينئذ الخ فان المعنى على ما زعمه حينئذ المالكان بالخيار مالم يتفرق العاقدان لاما ذكره فان العاقد لا معنى لمقابلته للبيّع بل انما يقابل احد الامرين المحتمل ارادتهما من البيع للاخر فتأمل مع انه لا يلزم ذلك اصلا كما بيّنّاه .

و منها قوله الا ان يدعى الخ فان طرو الافتراق و ان استلزم سبق الاجتماع و لكنه لا يقتضى الا عدم امكان تحقق هذا المسقط الافيما تحقق فيه الاجتماع وهو مسلم معلوم انما الكلام في ثبوته لغير العاقد و قد نشأ الاشكال من ان المسقط انما هو افتراق المتعاقدين فكيف يتعقل ثبوت الخيار للمالكين حيث كان العاقدان غيرهما مع ان فاعل البيع و الافتراق شخص واحد بمقتضى افادة الحكم بارجاع الضمير و قد ظهر ان كون المسقط افتراق مجرى الصيغة حينئذ ممنوع بل اما لا مسقط أو المسقط افتراق المالكين .

و بالجملة فكون المراد بالبيّع مالا يشمل الا المستقل في التسبب حتى لا يشمل غير المالكين لا يستلزم التفكيك بين الضمير و مرجعه ومثل هذا الاستعمال غلط لا يكفى

وجود القرينة عليه مع ان كون ما زعم قرينة قد تبين فساده .

و منها قوله او يقال ان الحديث الخ فان الغلبة ممنوعة و تأثيرها على تقدير الوقوع في الانصراف بيّن الفساد مع ان ثبوت الخيار بالوكالة الذى يستفاد من الخارج غير استقلاله بالخيار المدعى استفادته من الرواية .

و منها قوله فان البيعان لا يقع الخ فان قوله البيعان بمنزلة قولك كل واحد من البايع والمشترى و ثبوت الحكم لمتعدد غير اعتبار التعدد مع ان التعدد لو اعتبر فانما يعتبر في الموضوع الكلى و اما التعدد الشخصى فباختلاف المفهومين في المصداق ولو بالجملة .

فهذا من غرائب الاوهام و كانه سهو من قلمه الشريف واعجب منه توهم التجوز في ثبوت الحكم لمن انطبق عليه العنوانان فان اطلاق كل من البايع والمشترى على ما تحققا في ضمنه حقيقة بالضرورة والتجوز لا وجه له و يقرب منه ما في التذكرة عن الشافعية قال اذا باع مال نفسه من ولده الصغير او بالعكس فالا قرب ثبوت الخيار هنا وهو اصح وجهى الشافعية لان الولى هنا قائم مقام الشخصين في صحة العقد فكذا في الخيار، والثانى لا يثبت لان لفظ الخبر البيعان و ليس هنا اثنان انتهى فان كلا من الوجهين المنقولين من الشافعية بمكان من الوهن فان الاول قياس من غير استناد الى جامع والثانى مبنى على توهم كون مفهوم التثنية معنى مستقلا ترتب عليه الحكم في المقام وقد عرفت ان الحكم في كل من التثنية والجمع ثابت للطبيعة والتعدد المستفاد من الامرين انما هو لبيان كمية الافراد فلا وجه لاعتبار التعدد و لعل ثانى المحققين قده اغترّ بهذا الكلام .

وبما حققناه تبين انه لاحاجة الى ما افاده (آية الله قدس سره) بعد نقل الوجهين عن الشافعية حيث قال والجواب انه ورد على الغالب فانك قد عرفت انه يكفى في التثنية امكان افتراق المفهومين مع استقلال كل منهما بالحكم و عمومه لهما فان التثنية ليس في المقام باعتبار التعدد بحسب الشخص بل انما هو باعتبار التعدد بحسب النوع والمفهوم و لعله اشار إلى ما حققناه من ان مفاد الرواية ثبوت الحق في البيع بالنسبة إلى كل من العوضين من غير تعرض لمن له الحق وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الغالب تعدد مرجع

الامر في المالين ولكن يرد عليه انه مناف لاعتباره الاجتماع في المسئلة السابقة فتفطن .

وبما حققناه ظهر ان كون الافتراق عدم ملكة لادلالة له على توقف ثبوت الخيار على الاجتماع و انما يلزمه عدم تحقق المسقط الا في صورة الاجتماع و هو مما لا ريب فيه فما في الايضاح من الاستناد اليه في عدم ثبوته للعاقد عن الاثنين يشارك ما تبع فيه ثانى المحققين قده بعض الشافعية من الاستناد إلى عدم صدق التثنية في الوهن والسقوط.

هذا مجمل الكلام في المقام الثانى و هومن يثبت له .

﴿ المقام الثالث ﴾

(في كيفية تعلق هذا الخيار بالعقد)

فهل يستحق كل من المتبايعين الفسخ مطلقا كما في الغبن فان الارفاق فيه باعتبار المالية فلا يختلف الحال بالبقاء والتلف أو يعتبر في نفوذه بقاءالعين مطلقا أو مملوكا لمن انتقل اليه خاصة ثم على اعتبار البقاء فهل الطوارى كالانعتاق بل البيع و نحوهما بحكم التلف ام لا وعلى تقدير الاختصاص فهل يوجب الاتلاف ضمان البدل لذى الخيار كضمان البدل للمرتهن باتلاف العين المرهونة ام لا ففى المقام جهات للبحث :

(الاولى فى اتساع دائرة الحق و تضييقها)

فنقول لا اشكال في ان دليل الخيار مسوغ لمنع العقد عما يقتضيه ابتداء والاثر الاولى انما هو تبديل المبيع بالثمن و هذه العلقة لا تبقى بعد تلف العينين و لما استتبع هذا الاثر تبديل الضمان بالبدل الحقيقي بالضمان بالمسمى يبقى بعد تحقق موجب الضمان كاليد فهو اثر ثانوى للعقد لا اطلاق لدليل الخيار بالنسبة اليه .

توضيح ذلك ان المال الواحد لايعقل ان يستحق صاحبه على غيره الا بدلا واحداً و العقد انما اقتضى استحقاق البدل المسمى فلا يؤثر سبب الضمان استحقاقاً جديداً و أن اثر الضمان لعدم المانع منه فقبل قبض المشترى للبيع يستحق البايع منه الثمن و يملكه من غير ضمان و بعد القبض يملك عليه الثمن علي وجه التضمين ايضاً فيتداخل

السببان من جهة فتبديل العقد الضمان بالبدل الحقيقي بالضمان بالمسمّى اثر ثانوى يمكن ان يؤثر الفسخ في رفعه و عوده إلى ما يقتضيه كما في الاقالة .

لكن الذى ثبت بدليل الخيار انما هو الارفاق بحال المتعاقدين بالتوسعة فيما يقتضى العقد التضييق بالنسبة اليه ومنع العقد عما يقتضيه من قصور يد البايع عن المبيع و صيرورته وزراً على المشترى فكانّ الخيار تمكين من اعادة ما زال بالعقد و رفع لما حدث به و من المعلوم ان الضمان بالمسمى ليس من آثار العقد بل انما الضمان معلول لليد وما يشبهها وانما الثابت بالعقد استحقاق البدل على وجه التضمين وحيث لا يمكن استحقاق بدلين لمال واحد فتحقق الضمان من غير ان يحدث استحقاق بدل على تقدير تعذر رد العين و قد حققنا في اول كتاب البيع ان استحقاق البدل على تقدير تعذر استيفاء العين من شئون الضمان لا انه تمام حقيقته فكون المبيع مثلا مضموناً بالمسمى في الحقيقة ليس اثراً للعقد بل البدلية اثر للعقد من غير ضمان والضمان اثر لليد من غير استحقاق بدل لسقوط العلة عن التأثير بسبق مثله و تحقق الاثر به فتبديل الضمان ليس اثراً للعقد اصلا بل انما اثره التبديل بالمسمى والضمان لا يؤثر استحقاقاً جديداً لاستحالة اجتماع الاستحقاقين .

نعم يبقى الضمان بعد حدوث سببه من غير تأثير في الاستحقاق لاستقرار استحقاق البدل المسمى ولو تلف العينان فالارفاق في ازالة العقد و اقراره ظاهر في حله بالنسبة إلى اثره لا ما يترتب عليه من المنع عن تأثير الضمان في استحقاق المثل والقيمة فتبين ان بقاء المبيع معتبر في بقاء الخيار لانتفاء الحكم بانتفاء موضوعه و اما الثمن فلكونه تابعاً لا يتعلق به الحكم المتعلق بالعقد حيث انه لتبعيته كانه خارج عن متعلق المعاملة بل البيع بكلا جزئيه لا يتعلق الا بالمبيع فالمشترى يقبل شراء المبيع بالثمن ولهذا صار البايع موجباً و المشترى قابلا فدليل الخيار يثبت به استحقاق الرد والارتجاع كما ان العقد انما يؤثر النقل و الا نتقال .

و لنا في بيان الاختصاص مسلك آخر اقرب الى الافهام و هو ان ما يقع عليه المعاملة مضمون على من انتقل اليه بالمسمى بحكم العقد فان المبيع مثلا مضمون على

المشتري بعد وضع اليد عليه بالبدل الحقيقي من المثل والقيمة والبيع بدل الضمان بالمسمى كما انه اثر التمليك ايضاً على ما هو مقتضى البدلية مطلقا فكما ان البدل في الغصب و الاتلاف يملكه رب المال بالبدلية و يخرج عن ملكه بزوال هذا العنوان كما لو دفع الغاصب اولا بدل الحيلولة ثم المبدل منه فان البدل يخرج عن ملك المغصوب منه بمجرد زوال عنوان البدلية فكذا المبيع مثلا يملكه المشتري بالبدليّة الجعلية و يخرج عن ملكه بزوال البدلية بالفسخ فالبدلية حالت بين البدل و مالكه و منعت عما يقتضيه ملكيته فاذا زالت اثّر المقتضى اثره وملكه بالسبب الاول وان لم يكن ما يقتضى انتقاله اليه .

فظهر سر انتقال مال كل من البايع و المشتري اليه بالفسخ بعد الخروج و عدم قيام سبب مملك و كيف كان فللبيع اثران استقرار الضمان في المسمي والتمليك والفسخ مع بقاء العين انما يؤثر زوال الملك ومع التلف يرفع الضمان بالمسمى فتؤثر اليد اثرها و هو الضمان بالبدل الحقيقي فاذا شككنا في ان الفسخ هل يؤثر مع التلف ام لا تأثير له الا مع بقاء العين فلا ريب في ان اصالة اللزوم محكمة .

وقوله عليه السلام البيعان بالخيار لا اطلاق له حيث انه لحكومته مسوق لقصر اللزوم على صورة الافتراق فهو من جهة ثبوت هذا الحق مهمل ورجوع نفى اللزوم إلى اثبات الخيار و اتحادهما في الحقيقة لاينافي اختلاف الحيثية فلا يمكن ان يقال انه من حيث الحكومة في مقام البيان ولو بحكم الاصل فيدل على نفى اللزوم من جميع الجهات فيثبت الخيار مع التلف ايضاً فتأمل و من الغريب الاستشهاد بالتحديد بالافتراق على كونه في مقام البيان فان البيان من جهة المسقط لا يستلزمه من جميع الجهات مع انه من هذه الجهة ايضاً ليس في مقام البيان و الا لكان معارضاً لادلة باقى المسقطات الثابتة له قطعاً .

هذا و لكن التحقيق ان تقدم ادلة الموانع على ادلة المقتضيات ليس من باب الحكومة بل لا منافاة اصلا بين الاقتضاء والمنع والمانع مقدم على المقتضى بحسب الذات لا ان لسان الدليل لسان التفسير و ليس المنع تخصيصاً في دليل الاقتضاء بل هما امران

متغايران فلايتم التمسك للاهمال بالحكومة و ان نظر الحاكم مقصور على قصر مايحكم عليه فلا يعقل ان يكون في مقام بيان حكم مغاير له فتفطن .

و اما الجهة الثانية و هى ان التعلق بالمبيع هل هو مطلق ام مخصوص بما او كان تحت يدالمشترى وسلطانه وبعبارة اخرى هل الحق ابتداءً متعلق بالعين ام بالشخص فعلى الاول لا يبطل الحق بزوال ملك المشترى بانعتاق أو عتق أو بيع أو هبة إلى غير ذلك .

و اما على الثانى فيبطل حيث ان السلطنة على ازالة ملك الشخص دائرة مداره فاذ زال الملك لم يبق مجال للسلطنة فالحق فيها ان الحق متعلق بالعين اولا و تعلقه بالشخص تعلق ثانوى تبعى" لانه انما يتعلق بما تعلق به العقد و من المعلوم انه انما يحدث العلقة بين المالين و الملك اثر ثانوى على ما حققناه و قد بينا ان الشخص ليس ملحوظاً في البيع بل حيث اعتبر دخوله لغى ولا يصلح البيع لذلك الا اذا كان المعوض كلياً فللشخص دخل في تعينه حينئذ لانه من حيث هو ملحوظ فيه كما في الهبة والصلح .

فالخيار و ان كان حقاً على الشخص و لهذا يسقط بالاسقاط الا انه انما يتعلق ابتداء بالعين فهو يستحق على الشخص ارتجاع العين و كونه على الشخص ليس مقوماً لحقيقته ولا قيداً فيه بل انما هو من المقارنات فلو لم يكن العوضان مملوكين لم يكن الحق على الشخص كما لو باع السلطان العين الموقوفة أو اشترى بالزكوة أو بغلّة الوقف شيئاً فان الخيار من المشترى في الاول ومن البايع في الثانى ليس حقاً على شخص فظهر ان الطوارى ليست بحكم التلف حيث انها مسبوقة بالحق .

الاترى ان الشفعة لاتبطل بوقف الشقص و بيعه وهبته بل الشفيع اينما وجد الشقص اخذه ومن هذا يظهر انه لا يبطل الخيار بكون المبيع ممّن ينعتق على المشترى بل لكل من البايع والمشترى ارتجاع العين وردّها وان انعتق بمجرد البيع فان العقد ينحل بالفسخ فيرتفع جميع مايترتب عليه من انعتاق أو براءة أو ملك فالانعتاق الذى هو اثر للعقد لم يقع الا متزلزلا فلا يستقر الا باستقرار العقد .

و ان شئت قلت ان الخيار من احكام العقد بمعنى انه حق للشخص فيه .

و بعبارة اخرى حقيقة الخيار تزلزل العقد و عدم لزومه و عدم تمامية تاثيره و حيلولة شيء بينه و بين اللزوم على وجه خاص فالعقد بالخيار لايتم تاثيره فالانعتاق اثر غير مستقر و ان لم يتفرع على الملك فمعنى سبق الخيار على الانعتاق كونه من احكام العقد المتقدمة على الاثار و من المعلوم ان الانعتاق معلول للعقد والخيار و انكان حقا لاحد المتعاقدين فهو حكم للعقد ايضاً فالاثر لا يقع الا متزلزلا ولا استبعاد في كون الانعتاق متزلزلا لا غير مستقر كالوقف فان العبد الجانى يجوز للمولى عتقه و يبطل بالاسترقاق وكذا الشقص يجوز للمشترى وقفه و للشفيع اخذه بعده وهو يستلزم بطلانه و كذا للورثة عتق التركة و وقفها و ان استوعبها الدين و للغرماء اخذها ان لم يؤد الوارث الدين من غيرها .

ولما خفى هذا المعنى علىصاحب مفتاح الكرامة قده وزعم ان المدعى هو السبق بالزمان رده بالاقتران بين الخيار و الانعتاق و تبعه تلميذه (قده) في الجواهر مع ان عدم السبق الزمانى بلعدم تاثيره على تقدير تحققه من الواضحات و بما حققناه تبينفساد ما بنى عليه سقوط الخيار بعض مشايخنا قده من ان المعلوم انما هو ثبوت الخيار مادامت العين مملوكة لمن انتقل اليه ولم يثبت من الادلة الا استحقاق ابطال ملكه و المفروض انتفائه .

توضيح ذلك ان استحقاق اخراج المال عن ملك من انتقل اليه وادخاله في ملك من انتقل عنه يتوقف على دخول المال حال الفسخ في ملك من انتقل اليه ، و صلوحه لصيرورته ملكا لمن انتقل عنه و حصول الانعتاق بمجرد وقوع البيع ينا في الامرين وجه الفساد ما عرفت من ان الحق انما تعلق ابتداء بالعين و الانعتاق انما وقع على ما رجع امره إلى المشترى متزلزلا فلم يستقر الملك المتوقف عليه الانعتاق كى يستقر الانعتاق المترتب عليه .

ان قلت ان الملك زال بالانعتاق و الفسخ انما هو من حينه لا من الاصل فلا يختلف الحال باستقرار الملك وتزلزله حيثان بقائه لايعقل حتى يتوقف عليه الانعتاق و انما المتوقف عليه حدوثه آناما ولا وجه لتبعية الانعتاق في التزلزل لمثل هذه العلة

فانه لا يترتب عليه الا الانعتاق و انما هو امر مقدر لتصحيح الانعتاق .

نعم لو كان دائرا مداره حدوثا و بقاء توجه استتباعه له في التزلزل و الاستقرار لان" الحكم تابع لموضوعه ولكنه ليس موضوعا له بل الملك و الانعتاق متنافيان و انما يتوقف على حدوثه آنا حكميا بل حدوثا تقديريا فكيف يتبعه في الاستقرار و التزلزل بل لامعنى للاستقرار والتزلزل في مثل هذا الملك المستحيل بقائه الزائل بمجرد حدوثه لا محالة لطرو" ضده الذى هو الانعتاق .

قلت ان عدم تزلزل الملك كعدم استقراره انما هو لارتفاع الموضوع و الا فلو كان باقيا كان متزلزلا لا محالة فيكفى في تزلزل الانعتاق ترتبه على الملك الذى هو بهذه المثابة مع ان التحقيق ان الانعتاق اثر اولى" للعقد و ليس مترتبا على الملك ولا معنى لتقديره ولا وجه له لما عرفت مرارا من ان اثر البيع انما هو البدلية لا الملك و كما انها قد توجب الملك فكذا قد توجب الانعتاق والوقف والسقوط فهل يتعقل تقدير الملك في العبد تحت الشدة الذى يشترى[1] بالزكوة وليس اثره الا الانعتاق وكذا العبد المشترى بمال مورثه اذا انحصر الوارث فيه و الذى يشترى بغلة العين الموقوفة ، و توهم ان الفقراء يملكون الزكوة قبل الدفع و الموقوف عليهم يملكون الغلة في الوقف العام قبل القبض من الوهن بمكان مع انه لا يجرى في العبد الذى يشترى بمال مورثه فتفطن .

فتحصل ان الانعتاق ليس بحكم التلف بل الخيار باق لكل من البايع والمشترى ولو فرض انه بحكم التلف و ثبت ان الخيار متعلق بالمالية كالغبن فيرجع البايع إلى البدل و المشترى يرد"ه و يرتجع الثمن .

و قد يستشكل في استحقاق القيمة حيث ان استحقاق البدل فرع استحقاق المبدل منه والمفروض انعتاقه بمجرد العقد فلا يعقل استحقاق المبدل منه فكذ البدل .

وفيه ان البدلية انما هى في المملوكية لا في الاستحقاق حيث ان المالية التى استحق اعادتها الى نفسه هى التى تعينت في البدل فالمال و ان تبدل الا ان المالية لم تتبدل بل انما تبدل ما تحققت في ضمنه و المراد بالاتحاد الاتحاد العرفي الذى هو المناط في الاحكام و الا فاستحالة انتقال العرض من الواضحات فان الموضوع من جملة المشخصات فلهذا

يملك البدل في الغرامات بملك ما ضمنه الغارم لا بسبب آخر وعلى هذا يترتب صيرورة بدل الوقف وقفا و بدل الرهن رهنا بالبدلية مع ان الانشاء انما وقع على التالف والبدل و المبدل منه متغايران و العرضان متميزان و ليس الا لتعلق الرهن و الوقف بالمالية القائمة بالبدل بعدما كانت قائمة بالمبدل منه و كذا الحال فيما لو هدم جدارا يستحق الجار وضع الجذوع عليه فان الحق يتعلق بالبدل بالسبب الاول مع ان الصلح الذى به جعل الحق مثلا لم يتعلق الا بما انهدم و مثل هذا في الفقه في غاية الكثرة .

و ظهر بما حققناه ان العلم بالانعتاق لا يوجب سقوط الخيار حيث انه لا منافات بينهما و دعوى كون كل من البيع والشراء مع العلم اسقاطا و اقداما على بطلان المالية مبتنية على ما زعموه من المنافات بين الانعتاق والسلطنة على الرد و الارتجاع وهو كما ترى بل يتوقف كونه اسقاطا على امور العلم بالموضوع اى كونه أباً مثلا والحكم الذى هو الانعتاق و انحصار الحق في العين واعتقاد المنافاة بين الخيار و الانعتاق بل لا ملازمة بين الامور المذكورة و بين الاقدام على السقوط لامكان عدم التزامه بالحكم الشرعى .

فظهر ما فيما يقال من ان الظاهر انه لا اشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين لان مقتضى الادلة الانعتاق بمجرد الملك و الفسخ بالخيار من حينه لا من اصله ولا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم زوال الحرية بعد تحققها الا على احتمال ضعّفه في التحرير فيما لو ظهر من ينعتق عليه معيباً مبتنى على تزلزل العتق (انتهى) فانك قد عرفت ان الامر بالعكس و انه لا اشكال في ثبوت الخيار المتعلق بالعين و ان انعتق لامور : منها دلالة الادلة على تعلق الحق بالعين ومنها سبق حق الخيار رتبة على الانعتاق و منها عدم فساد ماطرء على متعلق الحق المنافي له بالاخذ به كما شاهدته في النظاير و منها ان سلطنة ذى الحق على ابطال الحرية و الوقفية لا تنافي انقطاع سلطنة الواقف و المعتق عن الوقف و الحر .

و كذا ما في كلامه الاخر من ان الانصاف انه لاوجه للخيار لمن انتقل اليه لان شراءه اتلاف له في الحقيقة و اخراج له عن المالية و سلك في مسلك مالايتمول و سيجيىء سقوط الخيار بالاتلاف بل بادنى تصرف فعدم ثبوته به اولى ومنه يظهر عدم

ثبوت الخيار لمن انتقل عنه لان بيعه ممّن ينعتق عليه اقدام على اتلافه و اخراجه عن المالية انتهى .

وقد عرفت ما فيه من عدم المنافات بين الانعتاق و استحقاق ابطاله بازالة سببه فالاقدام على الانعتاق الذى يستطيع ازالته ليس اقداما على سقوط الخيار مع ان المنافاة على تقدير تحققها تكفي في السقوط ولا دخل للاقدام و اما الاتلاف فهو اذهاب لمحل الحق و ابطال له رأسا ان كان متعلقه العين فلا وجه للقياس .

وفي الدروس اسقط الفاضل الخيار في شراء القريب اما المشترى فلعتقه عليه ولانه وطّن نفسه على الغبن ان المراد به العتق و اما البايع فلما ذكر ولتغليب العتق و يحتمل ثبوت الخيار لهما بناء على ان الملك بانقضاء الخيار و ثبوته للبايع لان نفوذ العتق لا يزيل حقه السابق و حينئذ يمكن وقوف العتق و نفوذه فيغرم المشترى القيمة لو فسخ البايع و يجرى مجرى التلف الذى لا يمنع الخيار (انتهى)

اما ماحكاه عن آية الله قدس سره فسياتى بيانه واندفاع ماأورد على مايترائى منه و امّا ما افاده اعلى الله في الفردوس مقامه فمحصله انه لااشكال في ثبوت الخيار بناء على ماذهب اليه الشيخ قدس سره من توقف الملك على انقضاء الخيار حيث انمقتضاه عدم حصول الانعتاق الا بعد الخيار فجعله محتملا انما هولان المبنى محتمل، لا انه بناء على ذلك المبني ايضا محتمل فان فساده اظهر من ان يبين ، ضرورة انه لا وجه للقول بسقوط الخيار بناء على هذا القول و اما بناء على ما هو المعروف من عدم منافاة الخيار لترتيب آثار العقد فيحتمل ثبوت الحق للبايع خاصة لسبق حقه فامّا يقال باستحقاقه ارتجاع العين لكون العتق موقوفا و امّا بتنفيذه و الرجوع إلى البدل و كيف كان فلا وجه لسقوط خياره .

و المراد بكون الحق سابقا تعلقه بالعقد و كونه من احكامه فان السبب مقدم على المسبب ولامنافاة بين عدم صلوح الانعتاق للاستقلال بالازالة واستحالته وعدم السبيل إليه و بين زواله بزوال سببه فالسلطنة على حل العقد ليست من اعادة الحرّ رقا و انما يعود الى الرقية لعدم ما يوجب الحرية .

و بالجملة فرق بين الخيار في البيع الذى هوالسلطنة على الازالة و الاقرار و بين السلطنة على الحر باعادته رقا واستحاله ازالة الحرية لاتنافي امكان ازالة البيع المستتبعة لزوال آثارها و دعوى ان الحرية مما لا يصلح للازالة بعد التحقق حتى بازالة سببها فلا بد من تخصيص ما يدل على سلطان ازالة المسبب بما لم يترتب عليه الانعتاق فاسدة لا شاهد لها .

والحاصل ان السبق من حيث هو كذلك لادلالة له على ان اللاحق لا يزيله فان المزيل لا يعتبر فيه السبق والتقارن بالضرورة من غير فرق بين السبق بالزمان و بالرتبة و انما المقصود ان متعلق الحق علة للانعتاق مقدم عليه والذى ثبت انما هو امتناع ازالة الانعتاق ابتداء و امّا ازالة سببه فلا دليل على امتناعها سواء استتبع زوال الانعتاق ام لا و مع الحكم ببقائه و الرجوع إلى البدل فالامر أوضح ولا وجه لتوهم سقوط الفسخ على هذا النحو عن التاثير بالانعتاق الا ما ظهر اندفاعه ، فاى منافات بين الانعتاق و نفوذ الفسخ و الرجوع إلى البدل الا ترى نفوذ الاقالة مع التلف و ما بمنزلته .

والحاصل ان استحقاق الفسخ والرجوع إلى البدل لايتوقف على الاستدلال بالسبق مطلقا فلا يبعد ان يكون اشارة الى ما عرفت نعم ينفع السبق بالرتبة لاستفادة استحقاق ارتجاع العين بابطال الطوارى كما اخترناه فان مجرد السلطنة على ازالة السبب لا يكفى في ابطال جميع الاثار و لهذا لا تبطل الطوارى بالاقالة فان المتعاقدين لا سلطان لهما فيما انتقل عنهما كى يؤثر إقالتهما فيه و انما لهماحينئذ تبديل الضمان بالفسخ و رفع المانع عما يقتضيه و لا دلالة لدليل الخيار الا على سلطنة كل منهما على الاخر و اما السلطان على غيرهما كمن انتقل اليه المال ثانياً فلا و من المعلوم ان اعادة المال من غير ملك من انتقل اليه اولا و رجع امره اليه ليس من وجوه السلطنة على من انتقل اليه فلابد من ان يستند سلطان ازالة الطوارى الى تعلق الحق بالعين الذى هوعين التعلق بمن انتقل اليه اولا حال كونه في ملكه فطرو الحق على المنعتق باعادته غير معقول كما ان استحقاق البايع على من اشترى المال من المشترى الاول ابتداء لايثبت بادلة الخيار فانما يحكم باستحقاق ارتجاع العين من ادلة الخيار باعتبار كون الحق

من احد المتعاقدين على الاخر حقاً في العين الذى لا يصلح الطارى لا زالته كما هو الحال في الشفعة، وبالجملة نفوذ الطوارى انما هو لعدم المنافات للحق الثابت السابق و الا لم يكن الى نفوذها سبيل و محل توضيحه احكام الخيار .

قال (المحقق التسترى قده) في (المقابيس) و في (الدروس) بناء المسئلة على ان المبيع هل يملك بانقضاء الخيار او بنفس العقد او يكون موقوفاً و اثبت الخيار على الاول و الاخير الا انه قال مع الامضاء يتبين انه عتق بعد الشراء على الاخير ونفاه على الثانى عن المشترى و احتمل ثبوته للبايع و قطع في (القواعد) على هذا و ان المشترى مع الفسخ يغرم القيمة و احتمله و وقوف العتق في (الدروس) و الاقرب ثبوت الخيار لهما و وقوف العتق على القول بانه لا يملك بنفس العقد لاطلاق اخبار الباب و توقف العتق على الملك و الانتقال و صيانةً لحق البايع من الابطال وعلى غيره يحتمل ذلك تخصيصاً لاخبار العتق الحاكمة به بمجرد الملك بالملك الذى لا يزاحمه خيار و هذا في غاية الضعف لعدم الدليل عليه و مصادفة العتق للملك و بناء الامر فيه على التغليب فالاقوى نفوذ العتق و عدم ثبوت الخيار للمشترى كما في العتق الاختيارى .

و في ثبوته للبايع و الرجوع مع الفسخ الى القيمة اشكال ينشأ من ان الخيار و العتق هل يتحققان بمجرد حصول البيع او بعد ثبوت الملك آنا قليلا لا يقبل غيرهما او الاول بالاول و الثانى بالثانى او بالعكس فعلى الاولين و الاخير يقوى القول بالعدم لانصيّة اخبار العتق وكون القيمة بدل العين فيمتنع استحقاقها من دون البدل و لسبق تعلقه على الاخير .

ويحتمل قريباً الثبوت جمعاً بين الحقين و دفعاً للمنافات من البين و عملا بكل من النصين و بالاجماع على عدم امكان زوال يد البايع من العوضين و تنزيلا للفسخ منزلة الارش مع ظهور عيب في احدهما و للعتق منزلة تلف العين ولانهم حكموا بجواز الرجوع الى القيمة اذا باع بشرط العتق فظهر كونه ممن ينعتق على المشترى او تعيب بما يوجب ذلك و الظاهر عدم الفرق بينه و بين المقام و على الثالث يتجه الثانى لما مر

ولسبق تعلق حق الخيار وعروض العتق و حيث كان المختار في الخيار انه بمجرد العقد و في العتق انه بعد الملك و دل ظاهر الاخبار و كلام الاصحاب على ان احكام العقود و الايقاعات تتبعها بمجرد حصولها اذا لم يمنع مانع من غير فرق بين الخيار و غيره بل قد صرحوا هنا بان الخيار يثبت بعد العقد و انه علة له و المعلول لا يتخلف عن علته كما ان الانعتاق لا يتخلف عن الملك فالاقرب هو الاخير كما هو ظاهر (المختلف) و (التحرير) و مال اليه (الشهيد قدس سره) ان لم يثبت الاجماع على خلافه و يؤيده اطلاق الاكثر و دعوى (ابن زهرة) في (الغنية) الاجماع على ثبوته في جميع ضروب البيع من غير استثناء و تفصيل انتهى .

و فيه ان كون العتق موقوفاً ليس وجهاً مقابلا للوجهين و لم يبن (الشهيد قدس سره) المسئلة عليه ولم يثبت الخيار على الاخير و انما هو من وجهى ثبوت الخيار بناء على كون الملك بنفس العقد البايع نظراً الى سبق حقه و يقابله نفوذ العتق و الرجوع الى البدل فمعنى الموقوف انه بحيث يزول بالفسخ و لا معنى لبناء ثبوت الخيار وعدمه على كون العتق موقوفاً و عدمه بل كونه موقوفاً مما يتفرع على ثبوت الخيار بل هو هو حيث ان الخيار ان تعلق بالعين و استحق ارتجاعها كان الانعتاق موقوفاً اى بحيث يزول بالازالة .

و الظاهر انه اشتبه عليه كون الانعتاق مراعى بكون الملك كذلك فانه يمكن ان يقال ان في الملك في زمان الخيار وجوهاً العدم و هو مذهب (الشيخ قدس سره) و التحقق كما ذهب اليه الاكثر و كونه مراعى بحيث ينكشف بانقضاء الخيار تحققه من حين العقد وانما لا يثبت الخيار على اوسط الوجوه و يثبت على الاول و الاخير و لكن ليس من هذا في الدروس عين و لا اثر مع انه في نفسه فاسد .

ثم انه لا يمكن توهم سقوط الخيار على القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار فقوله و الا قرب ثبوت الخيار لهما و وقوف العتق على القول بانه لا يملك بنفس العقد لا محصل له مع ان وقوف العتق لامعنى له حينئذ لو كان القول بكون الملك موقوفاً مقابلا لهذا القول كما هومبنى توهمه السابق. ثم اعجب من هذا، التمسك لثبوت الخيار

بناء على هذا المذهب باطلاق اخبار الباب و صيانة حق البايع من الابطال فانه لا وجه لسقوط الخيار على هذه الطريقه فان انقضاء زمان الخيار شرط في تأثير العقدكما ذهب اليه في الطلاق الرجعي فان انقضاء العدةعند ذلك القائل شرط في تأثير الطلاق فالمطلقة رجعية في زمان العدة زوجة حقيقة .

و يظهر ما في بقية كلامه الى قوله و في ثبوته للبايع و الرجوع مع الفسخ الخ مما تقدم .

و اما ما ذكره من المبنى فمحصله انه لو كان كل من الخيار و الملك في مرتبة و احدة او كان الثانى مقدماً فالاقوى عدم الخيار بخلاف ما اذاقلنا بتقدم الخيار و تأخر الملك فان الاقرب ثبوته هذا ملخصه و ما ابعد مابينه و بين ما في (الدروس) حيث ان كون الخيارحكماً للعقد وحقاً فيه وكون الملك اثراً و معلولاله من البديهيات فاستند في عدم زوال الحق إلى تقدمه المعلوم بالضرورة .

و هذا (الفاضل قدس سره) جعل في المسئلة وجوهاً لا معنى لها و انما هى عبارات محضة حيث ان كون الخيار بمجرد العقد لامعنى له الا كونه حكماً ثابتاً فيه لا معلولا له مترتباً عليه كما ان كون الانعتاق على خلاف ذلك لا معنى له الا كونه مترتباً على ماهو معلول للعقد اى الملك فهو متأخر عن اثره المتأخر عنه في الرتبة لا في الزمان فحينئذكون الانعتاق في رتبة الخيارلا معنى له الاكونه حكماً للعقدكما انكون الخيار مترتباً على الملك كالانعتاق لا معنى له الا كونه معلولا له و كلاهما مما لا معنى له و كون الانعتاق بالعقد و الخيار بعد ثبوت الملك مما لا يتعقل و لم يتوهمه متوهم مع انه لو كان مبنى المسئلة هذا المعنى فلا معنى للاستناد في سقوط الخيار في الصور الثلاثة إلى غير هذا المبنى بل يجب التعليل بالمقارنة و تأخر الخيار .

فبناء على المقارنة و التأخر لا وجه للاستناد إلى ما ذكره من الوجوه مع انه لا وجه لها حيث ان انصية اخبار العتق ممنوعة فانه لا يحتمل دليل الخيار غير ما يستفاد منه كاخبار العتق فكل منهما نص في مدلوله ولا معنى لترجيح احدهما على الاخر في الدلالة مع انه لا منافات بين وقوع العتق و زواله بالفسخ و مع كون الغرض من الفسخ

الرجوع إلى البدل فعدم المنافات اظهر .

و امّا تفرع استحقاق البدل على استحقاق المبدل منه فقد عرفت فساده وقد ظهر ايضاً ان سبق التعلق لا معنى له و اما احتمال الثبوت على الوجوه الثلاثة استناداً إلى الجمع بين الحقين فلا معنى له بعد البناء على المنافات فان الجمع يحتاج إلى شاهد فلو كان مفاد كل من الدليلين منافياً لمفاد الاخر فالجمع بما لا يستفاد منهما رجم بالغيب و ليس مثل هذا العمل بالدليل عملا به بل هو اتباع للهوى و افتراء على الدين و ان لم يكن منافات فلا وجه للاستشكال بل اللازم حينئذ انما هو توضيح عدم المنافات كما فعلناه .

و امّا قوله و بالاجماع على عدم امكان زوال يد البايع الخ فلا يكاد يكون له محصل فانه لا اشكال في عدم امكان زوال يد البايع بالفسخ عن الثمن مع عدم استحقاق المبيع و بدله و انما الاشكال في نفوذ الفسخ و معه فلا اشكال في استحقاق المبيع أو بدله بعد زوال استحقاق الثمن فلامعنى للتمسك على نفوذ الفسخ بعدم امكان زوال يده عن العوضين و كذا لا معنى للتنزيل الذى ذكره فضلا عن دلالته على نفوذ الفسخ فان الفسخ مع التلف و ما بمنزلته اثره الرجوع إلى البدل ولا معنى لتنزيل الفسخ الذى اثره زوال العقد منزلة اخذ الارش مع بقاء العقد و ان كان الغرض تنزيل اخذ البدل منزلة الارش فلا معنى له ايضاً حيث ان اخذ البدل من جهة زوال العقد و اخذ الارش حق ثابت مع بقاء العقد ولا وجه لتنزيل أحدهما منزلة الاخر .

وقوله ولانهم حكموا الخ ففيه ان الحكم في الاصل ممنوع حيث ان العتق المشروط إمّا يطلب مطلقا فلاخيار لعدم تخلف الشرط و إمّا يكون إيجاده بالاختيار له موضوعية و يتعلق الغرض به من هذه الحيثية فالشرط باطل إذا ظهر كونه ممن ينعتق على المشترى و يبطل العقد لعدم حصول الاستحقاق حيث انه فرع حصول الملك المستقر المستحيل في المقام شرعا و أمّا في الصورة الاخرى وهو طروّ الانعتاق بالعيب فهو يوجب الخيار من جهة طروّ تخلف الشرط ولايقاس المقام به فان الخيار ليس من جهة تخلف الشرط بل انما هو ثابت بنفس العقد فيفسخ و يرجع إلى العين .

قوله وعلى الثالث يتجه الثاني الخ فيه ما عرفت فيما مر" و ما بين الجمع بينه وبين جعل المبنى سبق تعلق حق الخيار مع ان ترتب احكام العقد عليها بمجرد حصولها مع عدم المانع لا معنى للتمسك له بظاهر الاخبار وكلام الاصحاب فانه مقتضى كونها احكاماً لها من ان عدم الترتيب الفعلى لما يمنع عنه لا ينافي التقدم الذاتى على الاثر الذى هو الانعتاق و المناط إنما هو التقدم بالذات .

الا ترى ان الخيار إنما يثبت في الفضولى بعد الاجازة كما حققناه و مع ذلك فهو مقدم على الاثر بالذات و ان لم يحصل بمجرد وجود العقد و بالجملة فالتقدم بالذات ليس واقعاً دائماً ولا معتبراً و مناطاً و لهذا فلا يسقط خيار الشرط فيمن ينعتق على المشترى و ان تأخر زمان الخيار عن العقد و التقدم بالذات الذى هو المناط ثابت و ان تأخر بالزمان .

قوله بل قد صرحوا الخ فيه ان العقد ينافي الخيار اقتضاء ولا معنى لكونه علة له و انما هو موضوعه و هذا المعنى لا يتوقف على تصريحهم و ليس مستفاداً من كلماتهم بل انما هو مستفاد من دليله و اى قصور في الدليل كى يحتاج في استفادته إلى تقليدهم و بالتأمل يظهر بقية ما في كلامه اعلى الله في الفردوس مقامه .

و قد يتوهم ان مبنى المسئلة ان الفسخ هل يعتبر فيه خروج الملك من ملك من انتقل اليه إلى ملك من انتقل عنه ام لا فيسقط الخيار على الاول دون الاخير فيقال انه ان قلنا انه يعتبر في فسخ العقد بالخيار أو بالتقابل خروج الملك من ملك من انتقل اليه إلى ملك من انتقل عنه نظراً إلى ان" خروج احد العوضين عن ملك احدهما يستلزم دخول الاخر فيه ولو تقديرا لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه ولو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد والانعتاق عقيب الملك آناما اذ برفع العقد لا يقبل المنعتق عليه لان يخرج عن ملك المشترى إلى ملك البايع ولو تقديراً اذ ملكية المشترى لمن ينعتق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعتاق ولا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجا عن ملك المشترى الى ملك البايع ثم انعتاقه مضموناً على المشترى كما لو فرض بيع المشترى للمبيع في زمن الخيار ثم فسخ البايع .

و الحاصل ان الفاسخ يتلقّى الملك من المفسوخ عليه وهذا غير حاصل فيما نحن فيه و ان قلنا ان الفسخ لايقتضى ازيد من رد العين ان كان موجوداً وبدله ان كان تالفاً أو كالتالف ولا يعتبر في صورة التلف امكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه بل يكفى ان يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف كما يشهدبه الحكم بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة فيما تقدم في مسئلة البيع بشرط العتق ثم ظهور المبيع منعتقاً على المشترى و حكمهم برجوع الفاسخ إلى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم امكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذى هو بمنزلة التلف إلى الفاسخ كان الاوفق بعمومات الخيار القول به هنا و الرجوع الى القيمة الامع اقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممّن ينعتق عليه فالاقوى العدم لانهما قد تواطئا على اخراجه عن المالية الذى هو بمنزلة اتلافه .

و بالجملة فان الخيار حق في العين وانما يتعلق بالبدل بعد تعذره لا ابتداء فاذا كان نقل العين ابطالا لمالية و تفويتاً لمحل الخيار و كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه فلم يحدث حق في العين حتى يتعلق ببدله وقد صرح بعضهم بارتفاع خيار البايع باتلاف المبيع و نقله إلى من ينعتق عليه كالا تلاف له من حيث المالية فدفع الخيار به اولى و اهون من رفعه فتأمل انتهى .

و فيه ان الفسخ سواء كان بالخيار أو بالاقالة ليس الاحلّ العقد و عود الملك إلى من انتقل عنه انما هو بما كان يقتضيه قبل العقد و انما حال العقد بينه و بين ما يقتضيه فبزوال المانع يعود الممنوع حيث لم يمنع مانع من العود و الا استحق البدل على مامر ولا اشكال في ان الطوارى تمنع من عود العين في الاقالة حيث انها ليست من احكام العقد بل انما هى عقد فك فلا مرجع حين عدم بقاء العين في ملك من انتقل اليه الا البدل فالطوارى بحكم التلف و اما الخيار فيمكن ان يكون من قبلها و يمكن ان يزول الطوارى بالفسخ به كما اخترناه في المقام .

وماعلل به اعتبارخروج المال عن ملك من انتقل اليه إلى ملك من انتقل عنه لامحصل له

حيث ان خروج احد العوضين عن ملك احدهما انما يقتضي رجوع امر الآخر اليه كما هو مقتضى المعاوضة لادخوله في ملكه ولو تقديراً ويكفي في ذلك انعتاقه عليه فانه لامعنى لا نعتاقه عليه الا رجوع امره اليه على هذه الكيفية مع ان دخوله في ملكه تقديراً بالمعاوضة لايقتضي خروجه ايضاً عن ملكه بعد ذلك بالفسخ ايضاً فان الفسخ لايقتضي ذلك بل اما يرجع المال على اى حال كان إلى الفاسخ و اما يرجع إلى البدل وهذا ليس من اختلاف حال الفسخ في شيء فلا وجه لاعتبار قبول المنعتق عليه لان يخرج عن ملك المشترى إلى ملك البايع ثم انعتاقه مضموناً على المشترى بل لامعنى لذلك لان الانعتاق على المشترى انما هو باعتبار رجوع امره اليه و مع تقدير خروجه إلى ملك البايع لا يعقل الانعتاق على المشترى بل هو تناقض ولامعنى لتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه فان الفسخ ليس من تلقى الملك في شيء بل انما هو رفع للمانع وهذا الكلام انما يصح في الوقف و ما يشبهه مما يقتضي رجوع امر المال إلى الشخص و لهذا وقع الاشكال فيه ان الطبقة المتاخرة يتلقى الملك عما تقدمه أو عن الواقف و يظهر مما تقدم انظار أُخر في هذا الكلام فتفطن ولا تكن من الغافلين .

و في المقام فروع غير ما مر :

منها ما لو كان الثمن ممن ينعتق على البايع مقتضى ما حققناه من ان كلا من الايجاب والقبول يتعلق في البيع بالمبيع اولا و بالذات و بالثمن ثانياً و بالعرض فالبايع يبيع المبيع والمشترى يبتاعه، ان يتعلق الخيار من كل منهما بما تعلق به الانشاء الصادر منه وهو المبيع فان متعلق الخيار والمبيع شيء واحد على ماهو مقتضى المنع و الاقتضاء وعلى القول بالحكومة فالامر اظهر فلا يقدح تلف الثمن و ما في حكمه في خيارهما .

ومنها ما لو كان المبيع ممن ينعتق على وارث المشترى و مات المورث في المجلس فمن ذهب الى سقوط الخيار رأساً استناداً إلى عدم صلوح العين للعود و ان التعلق بالبدل فرع التعلق بها التزم بالثبوت في المقام لسبق التعلق كما لو اعتقه المشترى اختياراً .

ولكن يشكل على ما اختاره بعض مشايخنا قده من ان الثابت بالدليل انما هو

السلطنة على ابطال ملك المشترى لتبدل الموضوع الا ان يقال ان المقام من باب تبدل المالكين لا الملكين حيث ان الوارث قائم مقام المورث .

لا يقال ان الملك نسبة بين المالك والمملوك متقومة بهما تختلف باختلافهما فان الربط يتشخص بالمرتبطين فتبدل احد الطرفين مع عدم تبدل الربط غير معقول .

لانا نقول ان المناط في الاحكام الشرعية انما هو العرف لا الفلسفة فتنزيل الوارث منزلة المورث و اقامته مقامه و الحكم بانه هو كما هو مفاد ادلة الميراث عبارة اخرى عن كون هذا السلطان هو الذى كان فكأنّ الميت لم يمت بل انتقل من حال إلى حال فلا زوال ولا انتقال فالانعتاق على الوارث كعتق المورث بعد التعلق فلا يزول بالطارى .

و منها ما اذا اشترط على المشترى عتقه فظهر منعتقاً عليه و هذا و ان لم يكن من فروع هذا الاصل الا انه ذكر استطراداً و الحق فيه ان فعل البايع ان كان ملحوظاً علي وجه الطريقية بان كان الغرض فكاك الرقبة لغى الشرط وصحت المعاملة فانه كشرط المشترى على البايع ايصال المبيع إلى مكان خاص فوصل من غير ايصال وان كان ملحوظاً على وجه الموضوعية مع تعلق غرض عقلائى به فسد الشرط وافسد العقد بفساده والفرق بينه وبين الامتناع من الوفاء عدم حصول ما ارتبط بمضمون العقد على الاول والعقود تابعة للقصود بخلاف صورة عدم الوفاء فان المشروط له ملك على المشروط عليه الشرط و تمّ العقد .

و منها ما لو باع الكافر عبده من مسلم فقد يقال ان الخيار من كل من المتبايعين سبيل للكافر علي المسلم منفى بالاية و فساده واضح و دلالة الاية على عدم جواز رفع ما حال بين الكافر و بين ملكه المسلم ليعود اليه بالسبب الاول ممنوعة هذا بالنسبة إلى المشترى واما البايع فليس سلطانه على الفسخ سلطانا جديداً بل انما الخيار منع للمانع فانما يرتجع المبيع بالسلطنة الاولى و ان كان السلطنة على الارتجاع بالخيار سلطنة جديدة فان كون الخيار حقاً حادثاً لا ينافي كون السلطنة على المبيع هى السلطنة الاولى و يكفى في ذلك ان السبب المملك هو الاول الزائل فبالخيار يعيده بازالة المانع وهذا

في غاية الدقة يظهر بالتأمل التام فيما تقدم مع ان الاية لا دلالة لها على ماراموه على ما حقق في البيع .

ومن الغريب توهم التعارض بينها و بين ادلة الخيار وهو ناش عن الغفلة عن أنّ ادلة الاحكام لا تعرض فيها لا حوال الموضوعات فصلوح المبيع لتملك الكافر و ادخاله في ملكه يستحيل احرازه بدليل الخيار فالاية الشريفة على تقدير دلالتها حاكمة على دليل الخيار بالضرورة .

ومنها مالو بيع على المحتكر الغلة والعين المرهونة فان المستفاد من ادلة الولاية ومقتضى استحقاق المرتهن استيفاء الدين من العين المرهونة السلطنة على قطع يد المالك عن ماله لا مجرد البيع الغير المنافي لاستحقاق الفسخ و بمثله يمكن التمسك فيما لو باع الحاكم العبد المسلم على الكافر من المسلمين .

و منها العبد تحت الشدة المشترى[1] بالزكوة فان المشترى لا يستحق الفسخ فان الصدقة تستقر في مصرفها و البايع ليس له ذلك لما ذكر في نظائره و يشكل الحكم في الجميع بان فسخ المعاملة لا ينافي سلطنة الوالى و ذى الحق على صرف المال في مصرف خاص فالحاكم له بيع الغلة مع امتناع المحتكر حيث انه ولى الممتنع و هذا لا ينافي فسخ البيع بالخيار أو بالاقالة .

الا ترى ان له الفسخ مع الغبن أو ظهور العيب او بالشرط و شيء من ذلك لا ينافي سلطانه على الاجبار كما انه لو اختار البيع فان فسخ المحتكر البيع الخاص غير مناف لتعين البيع عليه فيبيعه ثانياً

و الحاصل ان سلطنة المالك على فسخ المعاملة لا ينافي ولاية الحاكم بيع ماله و استحقاق المرتهن استيفاء الدين فان الفسخ معنى والسلطنة على الامتناع عن دفع المال معنى آخر .

نعم لوكان الفسخ مزاحماً للولاية والحق لم ينفذ بل التحقيق في موارد الاجبار ان للحاكم اخذ المال بعون و ان لم يكن هناك عقد ولا معنى للاجبار على الانشاء ولا ينافي ذلك استحقاق المالك فسخ المعاملة حيث وقعت برضاه اذا راى ان المال يؤخذ

منه قهراً ان لم يبعه و لكن حيث باع فله الفسخ ولا يزول مع ذلك سلطان الولي* ولا يخفى ان الحق في الزكوة انما هو المال و ان لم يكن هناك من يستحق الخيار فانه لا يستحقه الحاكم ولا الفقراء في الزكوة و كونه حقاً على الشخص حيث كان هناك من يرجع اليه المال لا ينافي كونه في المال و قيام الولي* باعماله مع عدمه و يظهر كيفية ثبوت الخيار للمرتهن بالتأمل التام فان من المحقق عدم استقلال غير من يرجع اليه امر المال بالخيار فالخيار المجعول للاجنبي انما هو حق للمالك المشروط له خيار الاجنبي* على ما سيظهر انشاءالله تعالى .

و منها شراء العبد نفسه فحكموا فيه بسقوط الخيار بمعنى عدم الثبوت نظراً الى قصور الدليل و انصرافه الى غيره اوالى القياس بالمكاتبة اوالى ان* الشخص لا يملك نفسه فاثر هذا الشراء هو الفك و ليس للشخص ان يجعل نفسه رقاً بعد الحرية على ما يظهر من تبتع احكام الشرع و الاستيناس بطريقة الشارع و الكل كما ترى فالحق ثبوت الخيار هنا ايضاً .

و منها بيع الجمد في شدة الحر استناداً الى الاقدام على التلف و فيه ان اليأس عن التمكن من الارتجاع ليس من اسقاط الحق في شيء و اما المتعين تعيناً وضعياً في جهة كمنذور الوقت و العتق بناء على ماهو التحقيق فيسقط فيه الخيار لعدم صلوح المورد للرد فحكمه حكم الوقف و التصدق .

﴿ المقام الرابع ﴾

(فيما يسقط هذا الخيار)

و هو امور منها الاشتراط و هو اما يتعلق بالاسقاط و اما يتعلق بالسقوط و اما يتعلق بترك الفسخ اما الاول فلا يؤثر في السقوط بل انما اثره استحقاق المشروط له على المشروط عليه ذلك الفعل ، و لا يترتب عليه اثر الا العصيان بالفسخ او تأخير الاسقاط اذا كان له زمان معين وحينئذ يحصل للمشروط له الخيار ايضاً من هذه الجهة ولو سقط

الخيار لا باختياره فان كان الفعل ملحوظاً على وجه الطريقية اى السببية بان يكون الغرض السقوط مطلقا و انما جعله طريقاً فقد حصل الشرط و ان كان مأخوذاً على وجه الموضوعية حيث يصح ذلك فان تبين عدم التمكن من ذلك كما في بيع من ينعتق على المشترى فيفسد الشرط و يتبعه العقد و مع طروّ العجز و حصول الاستحقاق فللمشروط له الخيار .

و اما الثانى فيتصور على وجوه : منها ان يكون متعلق الشرط عدم ثبوت الخيار شرعاً في العقد و بطلانه واضح فانه مع بطلانه في نفسه لعدم كونه معقولا مخالف للكتاب و السنة ، و منها ان يكون الشرط اسقاطاً و هو ايضاً غير معقول ضرورة توقف الاسقاط على الثبوت و منها ان يكون مؤداه الرضا باستقرار العقد و دوام الاثر و هو و ان كان معقولا الا انه لا دليل على كونه مسقطاً

و دعوى انصراف دليل الخيار الى ما تجرد عن ذلك جزاف و كون الرضا المقترن بالكاشف مسقطا بعد العقد لا يستلزم كونه كذلك حاله مقارناً له و لا يصلح الارفاق ان يكون قرينة عليه حيث ان الغرض توسعة الامر عليه بجعل زمام المعاملة بيده بعد تحققها

و قد استند بعض مشايخنا قده الى الانصراف و قصور الدليل و فرّع على ما حقّقه امرين :

الاول الاكتفاء فيه بالتبانى و عدم اعتبار ذكره في العقد فهو كاضمار توابع العقد كجودة الحنطة و حمرتها و جعودة شعر الامة و الفرق بينه و بين الالتزام المستقل في ضمن العقد كشرط الصياغة ان منشأ النفوذ فيه ليس ادلة الشروط بل انما هو تحديد لمتعلق الانشاء بخلاف الثانى فلا يشمله دليل الشرط الا بالاعتبار في ضمن العقد و لهذا يسقط خيار العيب و الغبن مع العلم و التبرّى .

الثانى انه لا يصح الاستدلال على نفوذ هذا الشرط بادلة الشروط لانتفاء الالتزام فيه و مجرد التسمية لا يكفى في ذلك فان الشرط يطلق على امور : منها الوصف سواء كان منوعاً ككون الثوب كتانا فلو بان قطناً بطل او مشخصاً كشرط البكارة و

الجمودة ، و منها الجزء التابع كشرط الحمل و الثمرو ثياب العبد ، و منها الكيفية كالتفصيل و الترتيب في صفات الموقوف عليهم و على العوض التابع كالاجرة و قد ورد في السلم له شرطه وفي السكنى سألته عن السكنى و العمرى فقال الناس فيه عند شروطهم ان كان شرط حيوته سكن حيوته وان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط وفي وصية (ابى الحسن عليه السلام) فان انقرضوا فلم يبق منهم احد فصدقتى على ولد ابى و امى ما بقى منهم احد على مثل ما شرطت بين ولدى .

والتحقيق ان هذا الشرط عبارة عن الاقدام فكما ان تسليط المالك غيره على اتلاف ماله مجانا و وضع اليد عليه من غير ان يكون ضامناً و بذل العمل و اداء الدين تبرعاً رافع للضمان الذى هو من الحقوق فكذا نقل المال الى الغير مقدماً على ان لا يكون له سلطان الارتجاع مثلا دافع للخيار فان كل دافع بعد التحقق دافع قبله و المناط في سلطان الرفع و الاسقاط والدفع شيء واحد .

واما الثالث فلايؤثر السقوط حيث ان استحقاق المشروط له على ذى الخيار ترك الفسخ لايسقطه عن التأثير و كونه حراماً ككونه من الحقوق لا يترتب عليه ذلك و انما هو كالا لتزام بعدم فسخ العقود الجايزة بالذات .

اما الاذنية منها فلانتفائها بانتفاء الاذن قهراً و اما الهبة فلانها لا تقابل بعوض حتى يتعقل الشرط على الواهب فان ارتباط استحقاق المشروط له و هو المتهب بهبة الواهب لا محصل له و كذا العكس و منه يظهر وجه عدم تعقله في الاذنية بوجه آخر ايضاً حيث ان استحقاق المستودع لعدم الرجوع الى الوديعة لا معنى له و كذا استحقاق النائب على المنوب عنه في قبال قبوله للنيابة فالشرط فيها لايتعقل من وجوه بل لا يتعقل لزومها حتى لواشترط في ضمن عقد لازم .

و اما الوكالة المشروطة في الرهن فقد حققنا انه في الحقيقة احداث ولاية و جعل حق للمرتهن فان استقلاله في بيع العين المرهونة وعدم احتياجه إلى مراجعة الراهن من حقوقه و ان كان بالنسبة الى الاجنبى غير معقول لان الحقية انما هو باعتبار الفوائد الراجعة الى ذى الحق الاترى ان ابقاء الجدار من حق الجار دون غيره .

فرعان

الاول لا يجوز اشتراط سقوط الخيار بالنسبة الى بعض الازمان فانه لا يوزّع على الازمان كما هو الحال في ملك الاعيان .

الثاني يجوز اشتراط السقوط بالنسبة الى بعض المبيع خاصة فان مقتضى الدليل ان ذا الخيار له ازالة المانع الذى حال بينه و بين المال مثلا فلم يستحكم المانع بعد و لم ينقطع يده عن المال و مقتضى ذلك ان يرجع الى ماله كيف شاء و لا ينافي ذلك كون العقد امراً واحداً.

الا ترى ان المبيع لو كان حيوانا و غيره فهو يفسخ العقد في الاول خاصة وليس هذا تجزية للبسيط لانّ العقد امر اعتبارى كان ينتزع بالنسبة الى تمام ما تعلق به قبل الفسخ و بالفسخ يخرج بعض الاجزاء عن صلوح الانتزاع دون الباقى فالتفكيك في الاجزاء في الانفساخ و الفسخ و الصحة و البطلان و التزلزل و الاستقرار و الشأنية و الفعلية مما لايخفى امكانها على متفقه .

و ظهر مما حققنا ما في كلمات جماعة من الخلط و الاضطراب فقد يتمسك لنفوذ هذا الشرط و لزومه بعموم (المؤمنون عند شروطهم) بتقريب ان المستفاد منه اولا انما هو وجوب العمل على طبقه فينتزع منه الحكم الوضعى و فيه ما عرفت من انه ليس من الشرط في العقد بل انما هو اقدام على عدم الاستحقاق حال ايجاد محله ولايتعقل كونه من الحقوق والالم يحتج الى الرواية بل كفى في نفوذه ادلة نفوذ العقد حيث انه من توابعه و العقود تابعة للقصود مع ان التكليف بما هو خارج عن الاختيار غير معقول مضافا الى ان وجوب العمل بالشرط لايستلزم عدم زواله بالفسخ فلا ينافي الوجوب السلطنة عليه .

و بالجملة لامعنى لارتباط سقوط الخيار باحد العوضين حيث انه ليس من الاوصاف و لا قيداً للعوضية و الى ما حققنا ينظر الاستشكال بانه مستلزم للدور حيث ان الشرط انما يلزم بلزوم العقد فلو كان لزومه بلزومه دار، و توهم ان النفوذ يكفى في المقام حيث انه لا معنى لجواز هذا الشرط ضرورة ان نفوذه عين اللزوم و لا يتصور الاستتباع

مندفع بان نفس الحكم لا يعقل ان يكون شرطاً بل لا بد من ان يكون من لواحق الموضوع من حيث هو كذلك وحينئذ فلا ينفك عن التبعية نعم لو كان متعلق الشرط ما هو من الحقوق لصح ذلك و ان كان نفس الخيار فتدبر .

و الحاصل ان تعلق العقد بما يتعلق بمتعلقه و هو الشرط لا يمكن ان يكون الا على نحو ما يتعلق بمتعلقه بل هو تعلق واحد والتبعية انما هو بحسب الذات لا في مرحلة تعلق العقد فلا يعقل الاختلاف في الحكم ولا تبعية كيفية التعلق فبعد تسليم ان حقيقة الشرط ما ذكر لا معنى للقول بان النفوذ يكفى في المقام فانه محقق للاشكال لا دافع .

وتبين مما حققناه ما فيما افاده (شيخنا قدس سره) حيث قال ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه :

احدها ان يشترط عدم الخيار و هذا هو مراد الشيخ من اشتراط السقوط فيقول (بعت بشرط ان لا يثبت خيار المجلس) كما مثل به في (الخلاف) و (المبسوط) و (الغنية) و (التذكرة) لان المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع .

الثاني ان يشترط عدم الفسخ فيقول (بعت بشرط ان لا افسخ في المجلس) فيرجع الى التزام ترك حقه فلو خالف الشرط وفسخ فيحتمل قوياً عدم نفوذ الفسخ لان وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره عليه و عدم سلطنته على تركه كما لو باع منذور التصدق على ما ذهب اليه غير واحد فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذة في حقه و يحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من ان بيع منذور التصدق حنث موجب للكفارة لا فاسد وحينئذ فلا فائدة في هذا غير الاثم على مخالفته ان ما يترتب على مخالفة الشرط في غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مترتب هنا و الاحتمال الاول اوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتيب آثار الشرط و هو عدم الفسخ في جميع الاحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغواً كما تقدم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ احدهما منفرداً

لغواً لا يرفع وجوب الوفاء .

الثالث ان يشترط اسقاط الخيار و مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد فلو اخل به و فسخ العقد ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان و الاقوى عدم التأثير انتهى فان المستفاد منه ان الصورة الاولى هى التى لاريب في صحتها و نفوذ الشرط فيها مع انه تمسك للحكم بعموم المستفيض جازماً بان مفاده الحكم التكليفى ابتداء ومن الواضح ان الحكم التكليفى لا يتعلق بغير الاختيارى و السقوط بمعنى عدم اشتمال العقد على الخيار ليس فعلا ولا يعقل بالنسبة اليه الزام و التزام مع ان معنى الشرط عنده ليس الا ذلك في هذه الرواية مع ان وجوب ترتيب آثار عدم الفسخ بعد قوله فسخت لا يكاد يرجع الى محصل حيث ان دليل الحكم لا يحرز الموضوع فلا معنى للاستدلال بوجوب الوفاء بالشرط على ان الشرط متحقق لم يزل بالفسخ فالحكم دائر مدار موضوعه و هو مشكوك فيه فوجوب الوفاء بعد قوله فسخت انما يصح لو لم يؤثر الفسخ و كان لغواً فلا يعلم الا بعد العلم بعدم التأثير فاثبات عدم التأثير بثبوت الحكم دور .

و بالجملة فوجوب الوفاء جعل ترتيب الاثار وفاء و هو كما ترى مع ان انتزاع الحكم الوضعى من هذا الحكم التكليفى ممنوع فان وجوب ترك الفسخ بالشرط كوجوبه بامر الوالد والنذر لا ينتزع منه السقوط عن التأثير و استفادتنا الوضعية من ادلة الشروط ليست مبتنية عليه فان الاحكام الوضعية عندنا مستقلة على ما مرت اليه الاشارة .

و من الغريب التزامه بخروج الشروط الواقعة في ضمن العقود الخيارية ايضاً عن العموم على ما هو مقتضى استتباعه للحكم التكليفى مع انه لا دليل على نفوذ الشرط في البيع الخيارى الا هذه العمومات قال ان الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية لانها كالوعد و الواقعة في ضمن العقد الجايزة بالذات او بالخيار مع بقائها على الجواز لان الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان لان الشرط تابع و كالتقييد للعقد المشروط به انتهى .

و فيه ان عدم نفوذ الشروط الابتدائية انما هو لانتفاء الارتباط المقوم لماهية

الشرط على ما حققناه في رسالة مفردة بل و كذلك في العقود الاذنية حيث ان ارتباط الاستحقاق بالاذن او قبوله لا يعقل و كذا الهبة لان المجانية مانعة عن ان يقابل المال بشيء و اما من طرف الواهب فالالتزام للمتهب مرتبطاً بالتمليك المجانى واضح الفساد فليس هذا خروجا حكمياً و لا يمنع الجواز من نفوذ الشرط من حيث هو كذلك .

ومما يقضى منه العجب حكمه بوجوب اجبار المشروط عليه بالوفاء فانه كما ترى ،

و توضيح المرام ان الشرط و ان لم يكن عبارة عن خصوص الالزام و الالتزام في البيع و نحوه بل انما هو مجرد الربط ولهذا يقال شرطت السرير بالشرط اى الخوص المفتول الا ان الشرط الذى يترتب عليه الوفاء و النقض لابد ان يكون استحقاقاً مرتبطاً بما يصلح ان يرتبط به و معنى ارتباطه به اعتباره فيه بحيث يكفى في نفوذه استتباعه له فاستحقاق صياغة الخاتم على شخص لابد له من سبب فتارة يحصل بالاجارة و الصلح و تارة يحصل باعتباره بمنزلة جزء احد العوضين في البيع مثلا فالبايع يبيع المال بالثمن على هذا الشرط فيملك الشرط تبعاً للثمن فكانه باع المال بما يقارنه هذا الاستحقاق لا بالثمن مطلقاً وهذا المعنى غير متعقل في الوديعة مثلا اما من طرف الامين فلان نيابته في الحفظ تبرعاً الممحضة في الاحسان ليس مما يؤل نفعه اليه من هذه الحيثية فلا يعقل ان يربطها رب المال بجعل حق لنفسه عليه ، و اما من طرف صاحبه فالالزام ينافي الاحسان و بهذا البيان يتبين الحال في بقية العقود الجايزة .

و بالجملة فنفوذ الشرط في البيع و نحوه انما هو من جهة ارتباط الاستحقاق باحد المتقابلين و هو فيما تقدم غير معقول و منه يظهر ان ادلة الشروط ليست مؤسسة ولا حاجة اليها بل يكفى في نفوذ الشروط في البيع و نحوه نفس ادلتها مع احراز قابليتها لها فافهم و بالتأمل يظهر بقية ما في كلامه زاد الله في علو مقامه .

الثانى من المسقطات الاسقاط بمعنى انه يكفى في سقوطه و الا فلا فرق بينهما الا بالاعتبار و الفاعل انما هو الشخص ولا واسطة بين الفاعل و فعله كما هو المستفاد من هذا العنوان و السر في نفوذ الاسقاط فيه انه سلطنة على الغير قابلة للعفو .

توضيح ذلك ان السلطنة على انحاء: سلطنة الخالق على مخلوقه وسلطنة الشخص

على نفسه وسلطنته على ماله و سلطنته على غيره .

اما الاولى فهى عبارة عن العلية الاختيارية التى يستحيل زوالها و بقاء المخلوق بدون بارئه واستقلاله فانه ينافي المخلوقية والمعلولية وما يتوهم من ان منشأ الاحتياج الحدوث لا الامكان و ان البناء يبقى مع فناء البنّاء ناش عن عدم تعقل العلية و عدم تعقل ان الحدوث و البقاء اعتباران في الوجود و هو شيء واحد يستحيل بقاؤه كحدوثه من غير علة و من شئون هذه السلطنة الولايات فانها خلافة عن الله تعالى و مناصب الهيئة وارجاع لامر بعض المخلوقين إلى البعض على اطوار شتى و انحاء لا تحصى .

و اما سلطنة الشخص على نفسه فمنشأها الاتحاد مع قابلية الاستقلال بحسب الذات فبالمغايرة الاعتبارية ينتزع سلطنته على نفسه فيملكها .

و اما السلطنة على المال اى الجدة فتحصل بالحيازة فان الاحاطة على ما لا اختصاص لاحد به توجب الاختصاص و رجوع الامر اليه بحسب الذات .

و مثله السلطنة على الغير فانها تنتزع من القهر و الاستيلاء فيما لا مانع فيه من النفوذ كالاسلام و النسب في الجملة و يعبر عن هذا النحو من السلطنة بملك الرقبة تنزيلا لهذا النحو من القهر منزلة الحبل الواقع من شخص في رقبة غيره الذى به يتمكن من جذبه إلى نفسه و حبسه عما يريده فانتزاع هذا المعنى من امرين الاستقلال بحسب الذات و حصول المانع الحائل بينه و بين نفسه و من شئون هذه السلطنة و مراتبها الضعيفة الزوجية كما يفصح عنه تعليل جواز النظر بانها خير مستام باعلى الثمن و التعبير عن الطلاق بحبلك على غاربك و دون الزوجة الاجير الخاص و دونه المطلق و المديون و دونه السلطنة على الشخص باعتبار السلطنة على ماله مع بقاء ملكه باجارة او شرط او رهانة او جناية .

و شيء من هذه الاقسام ليس من الحقوق الا الاخير فانه هو الذى يصلح للاسقاط و النقل و الانتقال بحسب الذات و انما تختلف الحال بعدم جريان بعض هذه الاحكام باعتبار خصوصيات الموارد اما عدم جريانها في اول الاقسام فبالنسبة الى نفس السلطنة المنتزعة من الربوبية ظاهر و اما شئونها فلان الخلافة انما هى بجعل الله تعالى

فلا معنى لاسقاطها او نقلها و انتقالها و تسليط الخليفة على الاستخلاف ليس نقلاومنه الوصاية فانها استخلاف بالتسليط الالهى و كذا الحال في السلطنة على النفس فانه يستحيل زوالها اقتضاء و انما يمنع بالحجرأوبوجود المانع من حيث تعلق حق الغير به.

و هذا هو السر في استحالة لزوم العقود الاذنية فان نفوذها انما هو من شئون سلطنة الشخص على نفسه و اشتراط القبول فيها إنما هو بالنسبة إلى التزام المأذون بالاثار الوضعية لا في نفوذ التصرفات و كذا السلطنة على المال فان الجدة لا تنفك عن السلطنة الاقتضائية و الاعراض من شئون السلطنة على النفس و هو مقابل للحيازة المشاركة له في اندراجها تحت السلطنة على النفس و كذا نفوذ التصرفات الوضعية في الاموال بالمعاوضات و التمليكات المجانية فانها من شئون السلطنة على المال يستحيل زوالها اقتضاء و كذا انتقالها مع بقاء الجدة.

نعم يمنع عنها مانع و يثبت للغير الولاية حقاً كاستقلال المرتهن في بيع العين المرهونة بالشرط و اما ملك الرقبة فالسلطنة على فكها عين السلطنة على ابقائها فانه معنى ملك اليمين و كون الحبل بيده ولا حاجة في نفوذ العفو و فك الرقبة إلى دليل بل يستحيل الانفكاك اقتضاء ولا معنى لكون الآخذبالساق غيرمن بيده الطلاق والولاية لاتنافىالاتحاد فانها كالوكالة في عدم المغايرة وان كان بينهما فرق من جهة اخرى فظهر سر سقوط ملك الرقبة و شئونها بالاسقاط و الطلاق نحو من الاسقاط ولا يشارك الفسخ و حيث ان علقة الزوجية لاتحصل الابالعقد استحال انتقالها بالنقل والاسباب القهرية.

و اما الابوّة و ما شابهها فموضوع من الموضوعات لا معنى لكونها حقاً و انما يتولد منها الحقوق القابلة للاسقاط بعد الاستقرار كما في حقوق الزوجية بعد تحققها كالقسم و النفقة.

و بالجملة فالخيار من شئون هذه السلطنة و الفرق بينه و بين السلطنة على الرجوع في الطلاق في الرجعية والهبة ان الاخيرين مرجعهما إلى ضعف المانعفالطلاق في الرجعية لا يلزم الا بانقضاء العدة و ليس هذا سلطنة للزوج في الحقيقة بل الطلاق مما يزول بالازالة و كذا الهبة فان التمليك من آثار سلطنة الواهب على المال و المتهب

على نفسه فنفوذها يتوقف على ايجاب الواهب الذى هو تصرف في المال والمطاوعة المحضة من المتهب التى هى من وجوه سلطنته على نفسه و حيث انه لا مزيل للسلطنتين كان لهما الارتجاع و الرد ولا سبيل إلى ابطال السلطان لصاحبه في هذه المراحل .

و اما في المعاوضات فالاثر لمجموع السلطنتين المتعلقتين بالمالين فلا يؤثر في ابطال البدلية الا الاقالة القائمة بالشخصين فسلطان احد البيّعين على حل العقد وازالة علقة البدلية سلطنة على مال صاحبه و السلطنة على المال سلطنة على ربه فيسقط بالعفو وهو المراد بالاسقاط و بما حققناه اغنيناك عن الاستناد في هذا الحكم إلى وجوه سخيفة كالاجماع و فحوى ما دل على السقوط بالتصرف لانه رضى بالبيع و القاعدة المسلمة وهى ان لكل ذى حق اسقاط حقه المستندة إلى فحوى تسلط الناس على اموالهم فهم اولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالاموال ولا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابلة للنقل الا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط و دليل الشرط بناء على شموله للالتزام الابتدائى ولا يخفى عليك ان السقوط بالاسقاط و العدم تابع لحقية السلطنة ولا مجال فيه للتعبد فالاستناد إلى الاجماع انما يصح لاستكشاف الموضوع و انه داخل في القسم الاخير من اقسام السلطنة و اما الرضا فلا يدور السقوط مداره قطعاً والتعليل الواقع في الرواية في غاية الغموض و سينكشف انه اجنبى عما اراده المستدل انشاء الله تعالى .

و اما القاعدة فليس الاستناد اليها مغايراً للتمسك بالاجماع فان الاجماع انما هو من جهة هذه القاعدة و كونها من المسلمات حق متين ولا حاجة في اثباتها إلى دليل تعبدى بل قد عرفت ان السقوط بالاسقاط من اللوازم البينة للحق اى السلطنة على الشخص إذا كان من القسم الاخير و السلطنة على المال بمعنى الجدة عين ماليته للشخص و بمعنى حل التصرف ونفوذ التصرفات الوضعية اقتضاء من لوازم الجدة بحيث لا يمكن سلبه عنها فليس قابلا للجعل اثباتاً و نفياً وانتفاء الحجر والمانع لا يدل عليه هذا الخبر ولا معنى لنفيهما ايضاً ولا تعلق له بما نحن فيه و الحق ليس من قبيل المال بل انما هو من قبيل السلطنة على المال و السلطنة على المال ان دلت فانما تدل على السلطنة على

متعلق الحق لا عليه نفسه مع ان الفحوى لا معنى لها لان الحق اضعف من الجدة مع ان الاسقاط حيث لم يكن ثابتاً في الاصل و هو الاموال فكيف يثبت في الفرع .

وعدم جريان ما في الاموال من وجوه السلطنة في الحق لا يوجب الالتزام بوجود ما يباينها مع ان السلطنة على المال بالنسبه إلى الحق من قبيل الموضوع بالنسبة إلى الحكم فيترتب الحق على الجدة مع تغاير صاحبها لا محالة فان استحقاق الشخص شيئاً في ماله محال كما ان الاستحقاق فيما لا يرجع إلى شخص او جهة مستحيل فلا معنى للفحوى ، و بالجملة فهذا الاستدلال لا يكاد يرجع إلى محصل .

الثالث الايجاب و هو اختيار البقاء المستتبع للزوم و هو في الحقيقة اعمال للحق و به يفترق عن الاسقاط الذى هو الازالة للحق ، توضيح ذلك ان الخيار على ما حققناه ملك الازالة و الاقرار بمعنى ان حقيقته بقاء السلطنة التى يقتضى العقد زوالها او احداثها بعد الزوال فحقيقته نفوذ كل من اختيارى وجود الاثر و عدمه فكما كان للبايع مثلا ان يختار انتقال المبيع إلى غيره بالبيع فكذا له ان يختاره ثانياً بابقاء البيع الواقع فكما كان له ان يختار عدمه بعدم احداث السبب فكذا له ان يختار العدم بعدم ارتضاء السبب الواقع و هو الفسخ فالاقرار و الازالة عين الاحداث و الترك بالذات و الفرق انما هو باعتبار المورد فان البقاء و الحدوث لا يفترقان الا بالاعتبار و اذ قد ثبت ان التمكن من فسخ العقد المقتضى للزوم بالذات لا يمكن الا ان يكون حقاً و ان المعاوضة تقتضى اللزوم لا محالة فاختيار احد المتعاقدين للبقاء الذى هو عين الايجاب لا يمكن ان يكون رافعاً لحق الاخر فان صاحبه يستحق عليه فكيف يكون ما عليه قائماً به و بغيره .

و في (التذكرة) لو قال احد المتعاقدين اخترت امضاء العقد سقط خياره قطعاً لرضاه بالتزام البيع ولا يسقط خيار الاخر عملا بالاستصحاب السالم عن معارضة الاسقاط و كما في خيار الشرط اذا اسقط احدهما الخيار يبقى خيار الاخر و هو احد وجهى الشافعية و في الاخر انه يسقط ايضاً لان هذا الخيار لا يتبعض في الثبوت ولا يتبعض في السقوط و هو وهم لان اشتراط الخيار لاحدهما دون الاخر سايغ فجاز الافتراق في

الاسقاط انتهى و تبين مما حققنا فساد ما استند اليه الشافعية و ما اجاب به (آية الله قدس سره) .

اما التوهم فمحصله ان المعلوم ثبوته من الدليل انما هورجوع امر المعاملة فسخاً و ايجاباً إلى اختيار المتعاقدين ولم يعلم استقلال كل منهما في ذلك بل يحتمل كفاية اختيار احدهما في اللزوم فلعل هذا الحكم ثبت لهما على البدل لا لكل منهما مستقلا ومن المعلوم صدق كون كل من البيّعين بالخيارمع ثبوت الحكم لهما على البدلفيجب الاقتصار على المتيقن و هو تلبس كل من المتعاقدين بالخيار قبل اختيار الاخر ضرورة انه لامجال لاختيار احدهماالفسخ بعد اختيار صاحبه الثبوت والبقاء على تقدير الاشتراك في خيار واحد و بهذا البيان ظهر انه لا مجال للاستصحاب في هذا الشك لان الشك في المقتضى لافي الرافع فان الشك في كيفية الثبوت لا في تأثير اختيار احدهما في سقوط حق الاخر مع انفراده بخيار مستقل مغاير لخيار صاحبه فان نفوذ اختيار احدهما بالنسبة إلى حق صاحبه حينئذ ضرورى الاستحالة ولايعقل الشك كي يعتمد فيه على الاستصحاب و ظهر ايضاً فساد قياسه بالشرط فان الثابت به ان كان خياراً واحداً لكل منهما على البدل سقط باختيار احدهما ايضاً والابان استقل كل منهما بخيارافترق عما نحن فيه .

والتحقيق في الجواب ما عرفت و محصله ان المعاوضة عبارة عن تبديل مالية كل من المالين بمالية الاخرفان المالية قد تنفصل عن الاموال كما هو الحال في الأثمانفانها ارواح للاموال وقد تنتقل إلى محل آخر كما في التغريم بالمثل و كل ما يوفّى بهالدين سواءكان ناشياً من القرض أو غيره و هذا دائر مدار البدلية سواء كانت ناشية عن التغريم أو الوفاء بالتراضى أو عقد يفيد البدلية و البدلية ربط بين المالين قائم بالطرفين فلا يمكن تحققه بالانشاء الا ممن يرجع اليه امر المالين سواء كان شخصاً واحداً بان يكون ولياً أو وكيلا لرب احد المالين مثلا و مالكا للاخر أو شخصين و أما ملك كل منهما فلا يعقل فيه تحقق البدلية حيث ان المقصود من المالية في المقام الملكية و تبدلها انما هو بالرجوع إلى غير من كان راجعاً اليه لا المالية الذاتية التى هى عبارة عن الاشتمال على القيمة فلابد ان يكون عود كل من المالين إلى ما كان عليه بانشاء منهما أو ممن يقوم

مقامهما و استقلال احد المتعاقدين بالفسخ تسلط علي الاخر فيما يرجع اليه وهذامعنى الاستحقاق و حيث ان الخيار سلطنة لاحد المتعاقدين على الاخر فاشتراكهما فيه تسليط للشخص على نفسه و انما يتعلق التشريك في الحقوق بكون المجموع محلا واحداً ر يستلزم مغايرة من عليه الحق لجميع من له الحق و يكون البعض في طول آخر بالولاية و الوكالة .

و بما حققنا تبين الفرق بين نفوذ الفسخ في الهبة و بينه في البيع فانه من الواهب سلطنة على المال التى لم تزل بالنقل و إن زالت الجدة لاستحالة اختصاص المال بمالكين و من المتهب سلطنة على نفسه التى لم تزل بالاتهاب و التنفيذ فالعلقة معلولة لتصرفين يستند احدهما إلى السلطنة على التمليك الناشية عن الجدة الباقية بعدزوالها و الاخر إلى السلطنة على النفس و لهذا قيل ان التمليك حقيقة في الهبة فان الاثر ابتداء انما هو العلقة بين المال و الشخص اى الجدة بخلاف المعاوضات فالعقد لا يصلح لازالة السلطانين و ان تبدلت الجدة التى هى السلطنة على المال التى تدركها افهام العامة ، و اما المعاوضة فتحول بين كل من المالين و ما كان راجعاً اليه حيلولة تامة اقتضائية لا محالة لعدم كفاية سلطنة احدهما على ماله في احداثها فينقطع سلطان كل منهما عن ماله فالخيار احياء لما زال أو منع للمزيل و من هنا صار ملكا على الشخص بعد ان كان سلطنة على المال ناشئة عن سلطنة اخرى و هي الجدة .

ان قلت ان الرد في الهبة ان كان من شئون السلطنة على النفس لم يفترق عن الاعراض مع ان الاعراض عن العين الموهوبة لا يوجب العود إلى الواهب ، قلت ان القبول تنفيذ للتمليك لا تملك للمال والرد ابطال للسبب برفع الانفعال الثابت والاعراض ابطال للجدة المترتبة على السبب الواقع فالهبة لا تنحل بالاعراض بخلاف الرد فانه ضد القبول .

فروع : الاول التخاير مقابل للتقايل فيلزم العقد به من الجانبين و يكفى فيه الايجاب من احدهما و القبول من الاخر و هو كالقبول في الاقالة و الصلح و بالتأمل في كلمات الفقهاء قدس الله اسرارهم يتضح ان هذه الجهة عندهم غير الاسقاط و ظهر مما

حققنا فساد ما في (الحدائق) حيث قال و لقائل ان يقول ان ذلك لا يزيد على ما يقتضيه العقد من اللزوم و اقتضاء التأكيد و نصوص الخيار مطلق شاملة للعقد المؤكد و غيره ضرورة صدق عدم الافتراق معه وهو مدار بقاء الخيار الا ان يقال ان هذه الالفاظ في قوة اشتراط سقوط الخيار فرجع اليه انتهى.

الثانى إذا قال احدهما للاخر اختر فسكت لم يسقط خيار الساكت اتفاقاً ضرورة عدم ما يصلح للاسقاط، و اما القائل فان كان غرضه تأخير امره عن اختيار صاحبه فلا شك في عدم سقوط خياره ايضاً و ان كان غرضه توكيد صاحبه في الاختيار من قبله فكذلك قبل الاختيار و بعده يسقط عنهما إذا قصد ذلك و ان كان غرضه انى اعرضت عن الفسخ و اوجبت العقد فاوجبه من طرفك ليتم العقد من الطرفين و يستقر من الجانبين سقط خياره بمجرد الامر و كأنّ هذا مراد من يقول انه تمليك و الا فخيار احدهما مما لا يقبل الانتقال إلى الاخر و إلى هذا ينظر ما في النبوى أو يقول احدهما للاخر اختر.

و في (التذكرة) لو قال أحدهما للاخر اختر أو خيرتك فقال الاخر اخترت امضاء العقد انقطع خيارهما معاً و ان اختار الفسخ انفسخ و ان سكت ولم يختر امضاء العقد ولا فسخه فهو على خياره لم يسقط و اما الذى خيره فانه يسقط خياره لانه جعل له ما ملك من الخيار فسقط خياره لانه جعله لغيره و هواظهر قولى الشافعية و في الثانى لا يسقط لانه خيره فاذا لم يختر لم يسقط بذلك حق المخير كما ان الزوج اذا خير زوجته فسكتت ولم تختر لم يسقط بذلك حقه فكذا هنا و الفرق انه ملك الزوجة مالا تملك فاذا لم تقبل سقط و هنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تمليكا له و انما كان اسقاطاً لحقه من الخيار و سقط.

و يدل عليه قوله صلى الله عليه وآله أو يقول احدهما لصاحبه اختر فانه يقتضى انه إذا قال لصاحبه اختر لا يكون الخيار لكل واحد منهما كما في قوله مالم يفترقا، هذا إذا قصد بقوله اختر تمليك الخيار لصاحبه و يسقط حقه منه ولو لم يقصد لم يسقط خياره سواء اختار الاخر أو سكت انتهى.

و هذا صريح فيما وجهنا به كلامه من ان المراد بالتمليك احداث الاستقلال

بابطال حقه بعد الاشتراك و في (المختلف) : لو قال احدهما لصاحبه اختر و سكت فخيار الساكت باق و كذا الاخر ، قاله في (الخلاف) و (المبسوط) و قيل يسقط خيار الاخر، لنا قوله عليه السلام (البيعان بالخيار مالم يفترقا) و لانه خيره ولم يختر ولم يؤثر احتج الاخرون بما روى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم انه قال (البيعان بالخيار مالم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر) ولانه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فيسقط خياره و الجواب بعد صحة الحديث حمله على انه خيره فاختار و نمنع انه ملك مع صاحبه خياره انتهى ولا منافات بينه و بين ما في (التذكرة) .

الثالث لا ريب في ان الفسخ من احدهما لا يعارضه الايجاب من الاخرولايزاحمه حيث ان الاستقرار من جانب لا ينافى الزوال من الجانب الاخر و لما كان زوال احد الطرفين مستلزماً لزوال الربط انهدم العقد بفسخ احدهما لا ان الفاسخ يتصرف فيما صدر من الاخر فانه لا وجه لسلطانه عليه .

توضيح الحال ان البدلية علقة بين المالين قائمة بهما يتوقف على انشائين من الطرفين و سلطان احداث الربط لا يزول بحدوثه و ان تغيرت الجدة بمقتضى البدلية و بهذا السلطان تنفذ الاقالة المتوقفة على الانشائين فليس الخيار الا السلطنة على ازالة العلقة لاحد المتعاقدين واستقلاله بها مع ان مقتضى الاصل اعتبار الاجتماع على الفسخ و بهذا صار الخيار سلطنة من احد المتعاقدين على الاخر لا ان سلطنة الاخر تزول عما انتقل عنه فنفوذ الفسخ ليس مستلزماً لزوال سلطنة الاخر بل انما هو استقلال لذى الخيار في الهدم .

و بما حققنا تبين فساد ما في (التذكرة) حيث قال قدس سره لو اختار احدهما الامضاء و الاخر الفسخ قدم الفسخ على الاجازة اذ لايمكن الجمع بينهما ولا انتفائهما لاستحالة الجمع بين النقيضين فتعين تقديم احدهما لكن الذى اختار الامضاء قد دخل في عقد ينفسخ باختيار صاحبه الفسخ و رضى به فلا اثر لرضاه به لأنها بعد ذلك انتهى فان نفوذ الفسخ من احدهما من آثار السلطنة الحادثه لا من جهة الاقدام ولا معنى لكون الاقدام على العقد اقداماً على انفساخه بفسخ أحدهما .

الثالث من المسقطات التصرف فيما فيه الخيار ممن له الخيار و هو على قسمين الاول الناقل و الثانى الكاشف عن الرضا، و الاول اما يتعلق بالعين و اما بالمنفعة و كل منهما اما بسبب لازم أو جايز وعلى التقديرين فاما يعود إلى ذى الخيار في زمان الخيار اولا و هذا التصرف ربما يتوهم انه انما يسقط لكونه بحكم التلف و ان لم يكشف عن الرضا كما لو باع المشترى المبيع جاهلا بان فيه الخيار وكذا لوباعه بظن انه غير ما اشتراه فمع تبين فساد المعاملة لايسقط الخيار لعدم تحقق المناط وهو زوال الموضوع و اما على الكشف فيكفى العرض على البيع ولا يتوقف على وقوع المعاملة وصحتها .

و قبل الشروع في المقصود لابد من تمهيد مقدمة تتكفل ببيان ان متعلق الحق في هذا الخيار هل هو العقد مطلقا اوما دامت العين باقية و على الثانى فهل يعتبر بقائها في ملك من انتقلت اليه ام لافقد يقال ان الفسخ وان كان صالحاً لان يتعلق بالعقد مطلقا و يترتب عليه زوال استقرار الضمان بالمسمى كما هو الحال في الاقالة وفي خيار المشترى مع تبين كذب البايع في اخباره برأس المال على قول قوّاه في (جامع المقاصد) و تبعه فى (المسالك) و في خيار الغبن على ما اختاره في (اللمعة) الا ان الظاهر من ادلة الخيار حيث صرح في جملة منها بالرد دورانه مدار العين مع انه المنصرف اليه عند الاطلاق على ان التلف قبل التصرف نادر مع ان اشتراط البقاء في العيب و التدليس مما لا ريب فيه بل وفي الغبن ايضاً على ما في (الروضة) من ان ما ذكره (الشهيد قدس سره) لم اعرف له قائلا .

و بنى (جامع المقاصد قدس سره) بقاء الخيار في الكذب برأس المال على قاعدة الغرور و عن (ابن المتوج) عدمه معللا بتعذر الرد و الظاهر من الاخبار اتحاد الخيار نوعاً فلا يمتاز خيار المجلس من غيره ولا ينافي ذلك البقاء مع التلف في بعض الصور حيث انه من باب التضمين تعبداً على ما هو المقرر في الاحكام .

و توضيح ذلك ان ادلة الخيارات بين ظاهر في الاختصاص بالعين و قاصر عن العموم اما مثل خيار الشركة فظاهر حيث ان ضرر الاشتراك يرتفع بخروج المال عن ملك من انتقل اليه واما خيار العيب فالثابت بالدليل السلطنة على الرد المتعذر في الفرض

و كذا خيار التأخير فان الثابت به انما هو كونه احق بما له هذا بعد القبض و قبل التسليم و اما قبله فلا شبهة في انفساخ العقد ويظهر حال الحيوان مما ذكروه في بيع من ينعتق على المشترى و اما خيار الشرط فهوتابع لكيفية الاشتراط و اما خيار الغبن فهو ايضاً دائر مدار العين لان السقوط بالانتقال ليس اضراراً من الشارع بل اما لتقصير ذى الخيار اولآفة سماوية و منه يظهر حال تخلف الشرط و الوصف و الرؤية و غيرها مما يضارعها و اما خيار المجلس فان قلنا ان الخيار المتعلق بالعقد مطلقا مغاير نوعاً لمادار مدار العين فالدليل مجمل لعدم العين و ان قلنا بالاتحاد فالاطلاق ممنوع بل الدليل حينئذ مهمل .

هذه غاية ما شيد بعض مشايخنا قدس سره هذا المقال و هو على تقدير التمامية يفيد السقوط مع التلف و اما كون الطوارى بحكمه فكلا وقد عرفت ان مقتضى حكومة دليل الخيار تعلق الحق بالعين كتعلق ارش الجناية برقبة الجانى فيبطل بالاخذ بالخيار جميع الطوارى وهذا بالنسبة الى غير المتصرف ظاهر واما بالنسبة اليه الذى هومحل الكلام فلا يخلو عن اشكال حيث ان استحقاق المالك في ماله شيئاً غير معقول كاستحقاقه على عبده الا على بعض الوجوه لان الضمان من مراتب السلطنة انما تمتاز عن المرتبة العليا و بالاشتداد يرتفع التميز و يتحقق الاتحاد و الملك اعلى درجات السلطنة فلا معنى لاستحقاق المالك في ماله شيئاً .

و يندفع هذا الاشكال بان المالك انما يستحق اعادة ما انتقل اليه على ما كان و استحقاق رد المال إلى صاحبه ليس من مراتب الملك كاستحقاق الانتفاع فهو متميز عنه دائماً متفرع عليه بحسب المرتبة مقارن معه في المقام و متأخر عنه في بعض المقامات بحسب الوجود .

و هذا هو الكلام في غير التلف و ينكشف الحال فيه باستعلام ان الحق متعلق بالعقد مطلقا أو مادامت العين باقية و الاول هو الاظهر حيث ان الملحوظ في الاموال غالباً انما هو المالية لا المال من حيث الخصوصية الشخصية ولا دلالة للتعبير بالرد على التخصيص بل انما هوناظر إلى صورة بقاء العين و الانصراف ممنوع بل الامر بالعكس.

و توضيح الحال ان الخيار ليس الا السلطنة على المال برده أو ارتجاعه من حيث الخصوصية أو المالية وان تحققت في غير المال الخاص لانه اعادة للسلطنة الاولى الزائلة اقتضاء بالبيع ضرورة ان القدرة على ازالة العقد و اقراره الذى هو عين السلطنة على الشخص ليس صالحاً من حيث هو لتملك المال بالازالة فالتملك بالازالة فيه جهتان سلب الملك ممن انتقل اليه واحداث الملك لمن انتقل عنه والجهة الثانية ليست مستندة الا إلى السبب الاول السابق على البيع ضرورة ان الفسخ ليس مملكا بل انما هو ازالة للمانع فالتملك انما هو بالسبب الاول و زوال المانع اما لقصوره في نفسه و اما لوجود المانع عما يقتضيه من الحيلولة التامة و الاول مرجعه الى بقاء شيء من آثار السبب السابق فان الهبة تمليك و هو لا يقتضى زوال سلطان المالك على التمليك لاستحالة زوال العلة بحدوث المعلول .

فالسلطنة على الاعادة عين السلطنة على النقل فالواهب و ان لم يكن مالكا للمال الا انه مالك للتمليك و نسبة القدرة إلى الطرفين على السواء و الدفع و الرفع انما يختلفان بالاعتبار و الثانى مرجعه إلى ابقاء السلطنة على التبديل بعد وجود المقتضى لزوالها حيث ان البدلية علقة بين مالين يرجع كل منهما إلى غير من يرجع اليه الاخر فكما لايستقل احدهما في الاحداث فكذا في الازالة ولهذا يتوقف الانحلال على الاقالة فالاستقلال بالفسخ و ان كان اعادة للسلطنة الاولى الا انه سلطنة جديدة من حيث كونه سلطنة على الشخص ايضاً لاستلزامه سقوط سلطانه عن ماله فان فسخ البدلية تصرف في مالين كما ان الاحداث بالبيع كذلك و لهذا تركب عن ركنين .

و انكشف بهذا البيان ان الخيار عين السلطنة الاولى من جهة وغيرها من جهة اخرى و انه سلطنة على المال من جهة و على الشخص من اخرى فالسلطنة على الفسخ عين السلطنة على العقد و هو عين السلطنة على المال و لها شئون و الجدة هى الاصل و هى تستتبع غيرها فاذا تحققت بحيازة المباح استتبعت الاستحقاق و اليد و الكل حال الاجتماع سلطنة واحدة وقد يبقى الاستحقاق بعد زوال اليد والجدة كما انه قد يتحقق اليد مع عدم شيء من الامرين فبمقتضى الاستحقاق له سلطان ان يجعل الجدة لنفسه و

ان يجعلها لغيره وان يجرد المال عن المالية بمعنى تبديل المال بغيره وجعل جدته لغيره بدلا عن رجوع جدته اليه فالبيع التزام من البايع باحداث جدة المبيع للمشترى بمعنى ارجاعها اليه و ان ترتب عليه الانعتاق و غيره مثلا و انما يخرج عن الضمان بالقبض اى برفع الموانع و ايجاد ما يرجع اليه و ان لم يتحقق القبض و هذا كله انما هو لان البيع الذى هو التبديل التزام باحداث البدلية في ما اعد المال له و هو الجدة ومرجعه إلى بذل ما يرجع اليه و ان لم يترتب الجدة عليه فظهر ان الخيار عين السلطنة على اختيار الجدة لنفسه و اختيارها لغيره فقبل البيع كان جعله للغير موقوفاً على احداث السبب و هو البيع و بعده انعكس الامر فصار جعله لنفسه كذلك و هو اما بالفسخ و اما باحداث الجدة و ما في حكمها الذى هو عبارة اخرى عن التصرف المسقط.

فانكشف بما حققنا ايضاً ان التصرف و ان لم يكن اسقاطاً ولا ايجاباً انشائياً فهو اعمال الحق حيث ان الجدة هى التى كان يستحقها قبل البيع و منه ينكشف كونه ممن انتقل عنه فسخاً ايضاً و لعل هذا يزداد اتضاحا انشاء الله تعالى.

و اذ قد تمهدت المقدمة، فنقول لا يسقط الخيار بالتصرف الناقل اللازم ولو لم يرجع الى ذى الخيار لما عرفت من سبق الحق و الامر في غيره اظهر و على القول بالسقوط فهل يعود برجوع المال؟ الاظهر التفصيل بين العود بالفسخ و غيره فان الفسخ ليس تمليكا و انما هو رفع للمانع فما يترتب عليه انما هو مستند إلى السبب السابق بخلاف الاسباب كالميراث و الالتقاط و الهبة و البيع و غيرها فعلى القول بان الثابت بدليل الخيار انما هو استحقاق ابطال اثر البيع فيسقط بالانتقال لزوال موضوعه فلايعود بمجرد عود المال بل يتوقف على عود الملكية السابقة و من المعلوم اختلاف المعلول باختلاف العلة.

هذا حال نقل العين و ما بحكمه و اما المنفعة فالامر فيها مشكل من ان الفسخ لا يقتضى الا عود العين و المنفعة تتبعها مع عدم المانع و المفروض ان مالكها نقلها إلى الغير فلا يترتب على الفسخ الا رجوع العين و من ان الموجر فوّت على ذى الخيار ما كان يستحق تملكه بالفسخ فهو كالاتلاف نفس العين موجب للضمان على تقدير الفسخ

فيغرم اجرة المثل مع نفوذ الاجارة و من ان ذا الخيار انما يستحق ارتجاع المال على ما هو عليه من الا شتمال على المنافع كما هو الحال في الخيار المشروط برد الثمن فتنفسخ الا جارة بالفسخ و على ما اخترناه فلا اشكال في ان الا خير هو المتجه و على المختار في الا جارة من انه ليس تمليكا للمنفعة بل انما هى تسليط على العين للانتفاع فالامر اظهر فان الثابت بالخيار انماهو استحقاق الاستيلاء على العين سلطنة تامة كانت ثابتة للمالك قبل البيع فلا يزاحمه ما لحقه من الاجارة .

هذا مجمل الكلام في التلف و ما بمنزلته و اما الكاشف عن الرضا المستفاد من التعليل المذكور في الرواية فقد اضطربت فيه كلمات الاصحاب قدس سرهم غاية الاضطراب حيث انهم زعموا ان المراد بالرضا ما يقابل الكراهة و من المعلوم ان نفس احداث الحدث و التصرف ليس من الرضا في شيء فالتجأوا إلى حمله على ان المراد ان النظر و التقبيل و اللمس و الركوب مثلا كاشفة عن الرضا ، و هل المكشوف عنه هو الرضا بالبيع أو بلزومه أو باثره او ببقائه و على اى حال فالكشف هل هو كشف شخصى او نوعي او شرعى وجوه لا يكاد يرجع شيء منها إلى محصل فان الرضا بالبيع لا يوجب اللزوم و انما يوجب النفوذ مع انه كان حاصلا قبل التصرف و كذا الاثر بل هكذا الرضا بالبقاء فانه ليس مسقطاً بالضروة بل وكذا الرضا باللزوم فانه ليس اسقاطاً وانما هو العفو و الصفح و بينهما عموم من وجه مورداً و تباين مفهوما و الكشف الشخصى غير موجود في جميع الموارد ولا يناط الحكم به بالضرورة بل النوعى ايضاً كذلك ضرورة عدم ابتناء اقدام المشترى على التصرف فيما انتقل اليه بمثل النظر على شيء من الالتزام باللزوم اوالبقاء و جريان حكم الكاشف عن الرضا باللزوم على مطلق التصرف تعبداً شرعياً ليس الا تشريكا له معه في الحكم و المستفاد من الرواية ان كون احداث الحدث بمنزلة الرضا علة لكونه مسقطاً وفرق واضح بين التعبير عن الاسقاط بكون الشيء بحكم ماهو مسقط و بين جعل تنزيله منزلة علة للحكم .

و التحقيق ان التصرف اعمال للحق لا تعبداً فهو ايجاب بالذات ان لم يكن للاختبار و الحفظ و ان كان المتصرف جاهلا بالحكم او الموضوع بل بانياً على الفسخ

فالركوب في طريق الرد ايضاً مسقط ان لم يكن العزم على الاعادة إلى من انتقل عنه مطلقا اومع اقترانه ببعض المقدمات كسوقه اليه فسخاً لما عرفت في المقدمة من ان الخيار ليس الا السلطنة على المال بعد وجود المقتضى للانقطاع والزوال وليس السلطان السابق الا متعلقاً بالجدة و ما هو من شئونها و عليه يتفرع نفوذ البيع فانه فرع السلطان على تبديل الجدة بجدة اخرى ولا ينافي ذلك كون اثر البيع في بعض المقامات الانعتاق او الوقفية أو البرائة فان المقتضى للجدة موجود و وجود المانع أو انتفاء من يصلح لان يحصل له الجدة لا ينافيه فيتحقق الاختصاص المجرد عن كونه جدة والمطلوب في الاموال انما هو ذلك و حيث يكون المختص به شخصاً حصلت له الجدة ان لم يمنع منه مانع كما في بيع من ينعتق على المشترى فالبايع قبل البيع كان له ان يختص بالمبيع بمعنى احداث نسبة بينه و بين المال زائداً على الاستحقاق كالركوب في المركوب مثلا و كان له ان يجعله لغيره مجانا او بالتبديل فاختار التبديل و انقطع سلطانه به لارتباطه بغيره فالخيار اعادة لهذا السلطان فله ان يحيط بالمال و يختاره و ليس الاستحقاق ملكا بل انما هو عبارة عن كونه جديراً بالتملك فحيث ملك المال اى تصرف فيه اعمل الخيار .

و لعلك لا تستطيع فهم ما حققناه من ان التصرف تملك و ان الملك هو الاحاطة الفعلية لا الاستحقاق حيث ان الاستحقاق ملك بالضرورة و يترتب عليه جميع ما يتوقف على الملك ولا يعتبر التصرف في شيء من المقامات و لم يعبر عنه بالملك في شيء من الكلمات فانا لا ننكر شيئاً من ذلك ولا ينافي ما حققناه فان الفرق بين الاستحقاق و ما يستحقه واضح وكل من الاستحقاق و متعلقه ملك حقيقة فالاولى متعلق بالملك والثانى نفسه و السلطنة على الاستيلاء حقيقة السلطان و هو المعتبر في المقامات فالسلطنة على المال على اربعة اقسام الاستحقاق و اليد و الجدة و السلطنة على النقل و التبديل التى تثبت للولى دون المولّى عليه الثابت له سلطان الاستحقاق الذى لا يراد من الملك عند الاطلاق في ابواب الفقه بل في العرف سواه .

فتبين ان ما ذكر في الرواية من الامثلة من اظهر شئون الاستيلاء الفعلى على المال كالنظر إلى الجارية و اللمس و التقبيل و ركوب ظهر الدابة وتبين سر كون المناط

في احداث الحدث توقف جوازه أو نفوذه على الاستحقاق كما يفصح عنه قوله عليه السلام أو نظر الخ هذا بالنظر إلى حقيقة الخيار مع قطع النظر عن الاخبار و يكشف عنه قوله صلى الله عليه وآله (البيعان بالخيار) فانّه من الخير و معناه اخذ ما هو خير عنده و كون هذا له عبارة اخرى عن القدرة ولا اشكال ان هذا منع لما يقتضى اللزوم فلا معنى له الا بقاء القدرة السابقة ولم يكن قبل البيع الا السلطنة على الاختصاص بالملك والنقل و التبديل و غيرها من الوجوه ولامعنى للسلطنة على العقد بالفسخ و الايجاب الا ذلك فان مرجعه إلى ابقاء السلطنة الاولى و لهذا لا يعقل بالنسبة إلى غير من اليه الامر استقلالا حق الخيار المجعول للاجنبى بل السلطنة على احداث العقد ليس الا السلطنة على متعلقه و ليس نفوذه الا من حيث انه من شئون السلطنة على المال و النفس .

و يكشف عن هذا السر و هو ان كون التصرف اعمالا للحق و اخذاً به مقتضى القاعدة اخبار الباب كقول الصادق عليه السلام فان احدث المشترى حدثا قبل ثلثة ايام فذلك رضىً منه فلا شرط له قيل و ما الحدث قال ان لامس أوقبّل أو نظر منها إلى ما يحرم عليه قبل الشراء فالشرط في قوله عليه السلام فان احدث تعيين للمصداق للرضا و قوله فذلك رضاً تعريف للفرد ، و توضيح المراد من الحدث بتعريف افراده مع التنبيه على المناط لتعم القاعدة و ينكشف الضابط .

توضيح ذلك ان محصل هذه الرواية الشريفة الساطعة منها انوار النبوة ان احداث الحدث قبل الثلثة مسقط لخيار المشترى لانه رضا ، فان قوله عليه السلام فذلك رضا جزاء لقوله عليه السلام فان احدث و قوله عليه السلام فلا شرط له تفريع على المجموع فالمعنى ان احداث الحدث لكونه رضاً يوجب سقوط الخيار .

فيظهر منه امران أحدهما ان كل احداث حدث رضاً و الاخر أن الرضا مسقط للخيار ولابد من كون الكبرى بيّنة كى يتم القياس فان تفريع الحكم على الصغرى خاصة انما يجوز إذا كان كذلك كقولك هذا ظلم فلا ترتكبه ولا وجه له الا ما حققناه من ان ارتضاء المال و اختياره يحصل بالاستيلاء الفعلى عليه و وضعه في موضعه اظهر شئونه كالنظر في الجارية و الركوب في المركوب .

و يدل على ذلك جعل المسند اليه اسم الاشارة فانه لتعيين الشيء بتطبيق جهة عليه فارائة الرضا بالاشارة لا معنى لها الا حيث يرتبط الحكم بالعنوان مع العلم به فتقول لمن ضيع والده هذا ولدك و لمن يعلم ان الظلم قبيح هذا ظلم و لمن يعلم بوجوب احترام النبي عليه السلام و القرآن هذا نبي و هذا قرآن فمعنى قوله عليه السلام فذلك رضا، أن الاختيار الذى جعل للشخص تحقق باحداث الحدث.

فقوله عليه السلام ان صاحب الحيوان بالخيار لا يدل الا على كون الفسخ و الاقرار باختياره و انه المناط و الملاك في هذا الباب و احداث الحدث هو ذلك الرضا الذى انيط به الامر فلا شرط له فان كون الاختيار موجباً للزوم علم من كونه بالخيار فمعنى قوله عليه السلام ذلك رضا انه اختيار، فكانه عليه السلام قال انك تعلم ان الامر يدور مدار الاختيار و ذلك هو الاختيار فلا معنى لبقاء الخيار واستفيد من قوله عليه السلام أو نظر منها إلى ما يحرم ان المناط انما هو ما يتوقف على الملك و انه المراد باحداث الحدث فما لا يجوز أو لا ينفذ الا بالاستحقاق يسقط به الحق.

و هذا الضابط مطابق لما حققناه من ان المسقط انما هو الجدة و المراد بها ما يعم وضع الشيء في موضعه كركوب المركوب و لبس الملبوس و غيره مما يليق به كنعل الدابة و وضع السرج عليها و مالا يليق كلبس الفراش و افتراش اللباس و حيث تبين ان كون التصرف مسقطاً مقتضى القاعدة اتضح عدم اختصاص خيار الحيوان به و عمومه لساير انواع الخيار بل تبين سر كون التصرف ممن انتقل عنه فسخاً و ان لم يرد ذلك.

و هذا هو السر في كون كل ما يتوقف جوازه على الزوجية رجوعاً في العدة و هكذا الحال في تصرف الواهب في العين الموهوبة و ظهر عدم الفرق بين معرفة العين و الجهل بها فلو تصرف في العين باعتقاد انه غير المبيع فظهر انه هو الفسخ كما لو جهل بالحكم فان المناط استخلاص المال و اختياره لنفسه لا الرضا باللزوم.

و بالجملة فيرشد إلى ماحققناه من ان المراد من الرواية ان التصرف استخلاص للمال و ان احداث حدث في المال يتوقف على الملكية اختيار له قوله عليه السلام فاشهد انه رضيه واستوجبه في رواية و في اخرى يستحلف بالله ما رضيه حيث عدى بالنفس ويظهر

من الاولى ان ارتضاء المبيع عين استيجاب المبيع ولا ينطبق الا على ما حققناه كما أن الحمل الذاتي لا ينطبق الاعليه على ماعرفت و يندفع الاشكال عن الرواية ايضاً و هو ان الرضا لايدور الحكم مداره وجوداً و عدماً ان كان بمعنى طيب النفس فلامعنى لتنزيل شيء منزلته فان المراد به اما الرضا بالعقد او باستمراره او بلزومه او باثره أو باستمراره أو الرضا المستمر باحد الامرين أو الرضا المتجدد بالعقد أو اثره و من المعلوم انشيئاً منها ليس مسقطاً في حد ذاته بل المسقط الذاتي انما هو الاسقاط كما ان الرضا ببرائة ذمة المديون لا يوجب البرائة بل انما يبرء بانشاء الابراء بل مجرد الرضا ليس مسقطاً شرعاً ايضاً مطلقا قطعاً و انما يتخيل انه مسقط اذا اقترن بكاشف من قول او فعل مع ان التحقيق ان الاسقاط ليس من الرضا في شيء بل انما هو العفو و الصفح و ليس كل رضا اقترن بكاشف مسقطاً فلا معنى لتنزيل التصرف منزلة الرضا .

و منه يظهر فساد ما يتوهم من ان المراد انه كاشف من الرضا فانك عرفت ان الرضا على تقدير العلم به لايترتب عليه اثر مع ان الكشف الفعلي دائماً ضروري الفساد والكشف النوعي مطلقا ايضاً كذلك ضرورة ان النظر الى الجارية مثلا لايكشف نوعاً عن الرضا باللزوم بل و هكذا الحال في جميع ما ورد في الرواية من الامثلة مع ان المسقط على هذا انما هو المكشوف عنه والتصرف طريق فلايعقل الحكم بالسقوط ان علم عدم الرضا .

و مما يدل على ما حققناه ان التعدى عن خيار الحيوان الى غيره لاوجه له إلا ما حققناه فانه لوكان حكماً تعبديا وجب الاقتصار فيه على مورده وليس في الرواية ما يدل على العموم من هذه الحيثية بل لا اهمال فيها ايضا وانما هى قضية شخصية فان كلمة ما في قوله عليه السلام فان احدث المشترى فيما اشترى حدثا عبارة عن الحيوان وقوله عليه السلام فذلك اشارة إلى الحدث الواقع في الحيوان .

ويدل ايضاعلى ماحققناه حكمهم بان كل تصرف هو فيماانتقل الى احدالمتعاقدين اسقاط فهو فيما انتقل عنه فسخ فان التعدى عن الايجاب الى الفسخ على ما توهموه

قياس باطل .

واما على ما حققناه فلا اشكال في اتحاد المناط وهو استخلاص المال و ايضا يدل عليه حكمهم بكون التصرف قبل العلم بالخيار مسقطا في غير الغبن بل يظهر من موضع من التذكرة انه في العيب اجماعي حيث قال عندنا ان الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشترى قبل علمه بالعيب او بعده يمنع الرد انتهى و يظهر الاطلاق في غيره من جماعة كما لا يخفى على المتتبع و هذا لا يلائم الاعتبار من باب الكشف ولو نوعا وضعف ساير الوجوه اظهر من ان يبين وايضا فالجهل بكون ما يتصرف فيه مورداً للعقد و الغفلة عنه لا ينافي السقوط و هو لا ينطبق على الكشف .

و يدل على ما حققنا ايضاً اطلاق الحدث المسقط في مقام اعطاء الضابط و اناطة الحكم به فالتقييد بخصوص الكاشف مع انه لا يلتزم به فقيه ولا ينطبق على ما في الرواية يابى عنه كون الاطلاق في مقام البيان و دعوى ان كل تصرف كاشف يكذبها ماذكر من الامثلة في الرواية فان عدم كونها كاشفة عن الرضا بشيء مما ذكرنا من الواضحات .

و الحاصل انهم لم يلتزموا باناطة السقوط بالكشف عن الرضا ولا معنى لكون التصرف مطلقا مسقطاً مع كون العلّة الكشف فان كون التعليل موجبا لدوران الحكم مدار العلة من الواضحات فالحكم لا يتعدى العلة وان لم تكن من قيود القضية فجزمهم بالسقوط مع الجهل بالعيب والتدليس اذا تصرف والتردد في التصرف للاستخبار والحفظ وفي طريق الرد بل اختيار الاسقاط في بعض الاقسام وكذا اختيار الاسقاط مع الغفلة و الجهل بالموضوع و التردد لا يلائم ارتضاء كون الكاشف عن الرضا هو المسقط و كذا الجزم بكون مثل مثل ابقاء السرج على الدابة والامر بتناول شيء خفيف مثل اسقني واغلق الباب مسقطاً مع وضوح عدم كشفه عن الرضا باللزوم .

ففي (التذكرة) لواستخدمه بشيء خفيف مثل اسقني و ناولني الثوب او اغلق الباب سقط الردئم استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط معللا بان مثل هذه الامور قد يؤمر به غير المملوك بان المسقط مطلق التصرف انتهى .

فهو كما ترى صرح بان التصرف من حيث هو مسقط و محصل مرامه ان كون التصرف مما يقع عن غير المالك في بعض الاوقات لايمنع من كونه مسقطاً لان المناط كون التصرف متوقفاً على كون المتصرف مالكا اومأذونا منه او وليا على ما حققناه فالاستقلال بمثل هذا التصرف موجب للاسقاط فلا منافات بين كون التصرف متوقفاً على الملك و وقوعه عن غير المالك بل قد حققنا ان الملاك كون التصرف تملكا بمعنى الذى عرفت .

والى هذا ينظر ما ذكره في موضع آخر قال: لوكان له على الدابة سرج او ركاب فتركهما عليها بطل الرد لانه استعمال و انتفاع انتهى فان اناطة الحكم بالاستعمال و الانتفاع لامعنى له الا ان يكون التصرف من حيث انه استيلاء على المال و استخلاص له مسقطاً .

وفي موضع آخر منها ان الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشترى قبل علمه بالعيب او بعده يمنع الرد و في موضع آخر لوحلبها في طريقه اى الرد فالاقرب انه تصرف يؤذن بالرضا. وانت ترى بديهة عدم كون التصرف في طريق الرد كاشفاً عن الرضا باللزوم وكيف يتصور توهم ان التصرف مع الجزم بالرد بل الاشتغال به يشعر بالرضا باللزوم او بدوام الاثر فهذا الكلام لامعنى له الا ما حققنا من ان التصرف عين الرضا ومعنى كونه مؤذنا به ابتناؤه عليه بمعنى كونه واقعاً على هذه الجهة لاعلى سبيل الغفلة او النيابة عن المالك فيعلم بالرضا بالاطلاع على هذا التصرف فانه يتحقق به .

وفي (التحرير) ولو ركب الدابة لينظر سيرها اوطحنها ليعرف قدره اوحلب الشاة ليعلم مقداره فقد قيل لايبطل خياره انتهى .

وهذا هو الحق فان الاختبار ليس انتفاعاً واستخلاصاً واستيلاء على المال و في (الدروس) استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها وحلبها اذ بها يعرف حالها ليختبر وليس ببعيد انتهى و هو لايخلو عن اجمال والاحسن ماذكره في (التحرير) فتدبر .

وقال (جامع المقاصد) لو تصرف ذو الخيار غير عالم كأن ظنها الجارية المختصة فتبينت ذات الخيار او ذهل عن كونها المشتراة ففى الحكم تردد ينشأ من اطلاق الخبر

بسقوط الخيار بالتصرف ومن انه غير قاصد الى لزوم البيع اذ لو علم لم يفعل والتصرف انما عد مسقطاً لدلالته على الرضا باللزوم ولم اظفر في ذلك بكلام الاصحاب انتهى .

وملخصه ان المستفاد من الرواية بمقتضى الاطلاق في مقام اعطاء الضابط ان كل تصرف مسقط و لكن مقتضى التعليل دوران الحكم مدار الرضا و المستفاد من المجموع أن كل تصرف رضا فهو مسقط مطلقا لانه انما يكون مسقطاً اذا كان كاشفاً عن الرضا مع ان التصرف المزبور ليس كاشفاً عن الرضا .

وفيه ما عرفت من ان المراد ان التصرف عين الرضا بالمال وهو مطرد في جميع التصرفات حتى ما كان في طريق الرد و من الغريب عدم ظفره بشيء في كلمات الاصحاب في هذا الباب مع ان آية الله قدس سره قد صرح مراراً فيما رأيت بان التصرف من حيث هو مسقط وان لم يكن كاشفاً عن الرضا و عدم التعرض لخصوص صورة الجهل والذهول لاينافي الاستفادة من كلام آخر و قال ايضا ولا يعد ركوب الدابة للاستخبار اولدفع جموحها او للخوف من ظالم او ليردها تصرفا ، و بالاخير صرح في (التذكرة) و هل يعد حملها للاستخبار تصرفا ليس ببعيد ان لايعد، وكذا لواراد ردها و حلبها لاخذ اللبن على اشكال ينشأ من انه ملكه فله استخلاصه وفي (التذكرة) ان الاقرب عده تصرفا انتهى .

و فيه من الاضطراب مالا يخفى فان كون التصرف لدفع الجموح او للاستخبار لا ينافي كونه استخلاصا ، نعم اذا توقف الرد على الركوب فلا يسقط الخيار به فانه ليس اختياراً للمال بل انما هو ايصال له الى صاحبه كما انه اذا توقف حفظه على الركوب او غيره من التصرفات وفرق بين الركوب في طريق الرد و الركوب للرد فانه بمنزلة القود و السوق .

و بالجملة فرق بين الاستقلال بالتصرف و بين الخلافة عن المالك باى وجه كانت و حفظ المبيع للايصال إلى البايع وسوقه اليه شأن من شئون تصرف البايع وليس ارجاعا للمال الى المشتري فالركوب للخوف من ظالم على الدابة ليس مسقطا و كذا للرد اذا

توقف عليه و اما الاستخبار فهو امر بين الامرين و ليس انتفاعا و استخلاصا و استعمالا و انتفاعا .

واما الحلب مع قصد الرد فهو مسقط من غير اشكال لانه استخلاص وجواز الاستخلاص للملكية لا ينافي السقوط فان النظر الى الجارية وغيره مما ورد في الرواية ايضا يجوز للمشترى فالسر في كون الاستخلاص مسقطا انه اختيار للمال وليس شيء من المسقطات تأثيره مستنداً الى عدم جوازه للمشترى فجواز الاستخلاص لا يصلح ان يكون وجهاً لعدم كونه مسقطاً مع انه لامعنى للتردد في كون الامور المذكورة تصرفاً فان المناط ليس تحقق هذا العنوان ولا اشكال في مورد من الموارد من جهة الشك في هذه الجهة وما نسبه الى (التذكرة) من ان الاقرب عد الحلب في طريق الرد تصرفاً واضح الفساد فانه استقرب كونه مؤذناً بالرضا الذى هو عبارة عن الاستخلاص و الاختيار لاكونه تصرفاً فلاحظ و تفطن .

وبالجملة فهو قدس سره زعم ان الاشكال في الموارد انما هو للشك في صدق التصرف و انه هو الملاك في الباب و فساده او ضح من ان يبين اللهم الاان يكون الغرض من التصرف الاستخلاص والاختيار فيرجع الى المختار و تبعه في هذا التوهم (شيخنا الشهيد قدس سره) في (المسالك) و(الرضه) ففى الاول و اطلاق التصرف و الحدث يشمل الناقل وغيره بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة وتحميلها و حلب مايحلب و لبس الثوب وصبغه وقصارته وسكنى الدار ونحو ذلك ولو قصد به الاستخبار ففى منعه من الرد قول لا بأس به فان استثناه اعتبر منه ما يعلم به الحال بان يركب الدابة قدراً يظهر به فراهتها و عدمه و يحلب الشاة قدراً يعلم به حالها ونحو ذلك فلوزاد عنه منع ولوساق الدابة الى منزله فان كان قريباً بحيث لايعد تصرفاً فلااثر له وان كان بعيداً كثيراً احتمل قويامنعه .

ثم قال وبالجملة فكل مايعد تصرفا وحدثا يمنع و الا فلا انتهى،وفيه زائداً على ماعرفت في كلام ثانى المحققين قدس سره ان السوق لاوجه لكونه مسقطا ولا فرق في ذلك بين قرب المنزل وبعده ولو كان سوق الدابة الى منزله تصرفا لم يكن الفرق بين

البعد و القرب و الا لتزام بان نقل المال الى منزل المشترى تصرف مسقط سد لباب الفسخ بالخيار وليس الا كالالتزام بان القبض و لاخذ تصرف مسقط وقال في موضع آخر منه وضابطه مايعد تصرفا عرفا كلبس الثوب للانتفاع وركوب الدابة له واستخدام العبد وحلب الشاة ونقله عن الملك و ان لم يكن لازما .

ثم قال وقد استثنى من ذلك ركوبها لدفع الجموح اذا عسر قودها وسوقها في طريق الرد وعلف الدابة وسقيها فيه وقبل التمكن من الرد و استعمال المبيع للاختبار قدراً يظهر به حاله فلوزاد ولو خطوة منع ولو وضع على الدابة سرجا ونحوه و ركبها للاختبار بادر بعد تحصيل الغرض الى نزعه فان ابقاه منع لانه انتفاع واستعمال وتعذر في ترك العذار و اللجام لخفتهما وللحاجة اليهما في قودها وكذا نعلها مع حاجتها اليه بحيث يضرها المشي الى المالك بغير نعل والاكان تصرفا ولو وقع التصرف نسيانا ففي منعه من الرد نظر من صدقه وعدم قصده انتهى .

ولا يخفى ان هذا هو التحقيق الذى لامناص عنه فان كون الانتفاع استخلاصا لاشكال فيه كما ان كل ما يتوقف عليه الرد ليس من الاستخلاص في شيء وكذا الحفظ فانه ليس اختياراً للمال والاستخبار قدعرفت انه ايضاليس من الاستخلاص بل انما هو استكشاف للصلوح للانتفاع والاستخلاص و اما النسيان فقد عرفت انه لايمنع من تحقق الملاك وهوالاستخلاص و الانتفاع. وفي باب العيوب منه ومن التصرف ركوب الدابة ولو في طريق الرد و حلبها ونقلها الى بلده البعيد دون سقيها وعلفها ولو توقف ردها على ركوبها لجماحها بحيث يعسر قودها وسوقها لم يقدح ركوبها ولا يخفى انه هو التحقيق الحقيق بالقبول وفي (المبسوط) في احكام العيوب اذا كان المبيع بهيمة و اصاب بها عيبا فله ردها و اذا كان في طريق الرد جاز له ركوبها وسقيها وعلفها وحلبها واخذ لبنها و ان نتجت كان له نتاجها .

ثم قال والرد لا يسقط لانه انما يسقط بالرضا بالعيب و ترك الرد بعد العلم به او بان يحدث به عيب عنده وليس هيهنا شيء من ذلك انتهى وهو لايخلو عن اجمال فانه يقتضى عدم كون التصرف مسقطا بمقتضى الحصر وتخصيص التصرفات المذكورة

بعدم التأثير في الاسقاط يكشف عن أن المراد انما هو التفصيل المتقدم .

و في (التحرير) بعد نقل هذا الكلام ونحن نتابعه الا في الركوب والحلب فانه ان وقع قبل الفسخ بطل الرد لتصرفه وفيه ان المراد انما هو الركوب لتوقف الرد عليه اما للجموح او لعدم التمكن من الايصال الآبه و المراد بالحلب هو الذى لابد منه لحاجة حفظ الدابة عليه كما يكشف عنه تخصيص الركوب و الحلب الذى لابد منهما بالنسبة الى الدابة مع طول زمان الرد فلا ينافى كون الركوب والحلب بل ماد ونهمافي غير هذه الصورة مسقطا .

وفي موضع آخر منه ان الحلب والجز يمنعان الرد عندنا ولو بقصد الاستعمال وفي موضع آخر منه ان التصرف كيف كان يسقط الرد بالعيب عند علمائنا وفي آخر ولوركب الدابة لاللرد بطل رده ولو كان لهاو للسقى فللشافعية وجهان اظهرهما سقوط الرد و قال لاعبرة بالسقى في الطريق و العلف ولا بترك العذار و اللجام دون السرج ونحوه ثم قال ولو نعلها في الطريق فان كانت تمشى بغير نعل بطل حق الرد والا فلا انتهى وهذا التفصيل مطابق للتحقيق .

و في (الدروس) اما العلف والسقى والاحراز فليس بتصرف قطعا ولو نقلها من السوق الى بلده فان كان قريباً عادة فكالعلف وإن كان بعيداً اومشتملا على خطر فهو تصرف على تردد انتهى وقد عرفت فساد هذا الكلام وانه لامعنى لكون نقل المبيع الى منزل المشترى تصرفا مسقطا. هذا تمام الكلام فيما يتعلق بهذا المقام و الحمدلله على كشف اسراره .

﴿ المقام الخامس ﴾

* (فى غاية هذا الخيار) *

قد يترائى ان الا فتراق غاية لهذا الخيار فهو من قبيل انقضاء ثلاثة ايام في خيار الحيوان ولكن التحقيق ان الا فتراق مسقط و انه انما اختص بهذا المسقط فان كونه غاية لامعنى له الا كون الاجتماع شرطا فيه و هو مستحيل فان الخيار قد عرفت انه

ابقاء للسلطنة الاولى حال وجود المقتضى للزوال ومن المعلوم عدم توقفها على الاجتماع بل ليس السلطنة على فسخ العقود الاعدم حيلولة العقد الواقع حيلولة تامة بين الشخص و ماله او نفسه و انما يفترق الحق عن الحكم بكون البقاء مع وجود المقتضى لزوال السلطنة و عدمه على ماحققناه و بالجملة فالقدرة على الحل من سنخ القدرة على العقد و من المعلوم ان القدرة على العقد ليس الا من شئون السلطنة على المال او على النفس و كذا القدرة على الحل.

فالمالك مثلا بسلطانه على المال يقدر على البيع بمعنى نفوذه منه فكذا الاقالة فان المتعاقدين بمقتضى رجوع المال اليهما يقدران على الحل فليس سلطان الحل الاعين السلطنة على المال الباقية بعد العقد فاتفاقهما على الحل يوجب الانحلال على القاعدة و استقلال احدهما به و انفراده على خلاف الاصول ولكنه لايخرج بذلك عن كونه من شئون السلطنة الاولى وهذا لاينافى النفوذ من الوكيل والولى والمشروط له الخيار فان الجميع في طول المالك ويتفرع سلطان كل منهم على ملك المالك وقيام ذلك الاخر مقامه انما هو في شأن من شئون سلطانه، و اوضح من ذلك ان دليل الخيار ناظر الى دليل اللزوم من قبيل نظر الحاكم الى مايحكم عليه فهونفى في صورة الاثبات بمعنى ان الغرض انما هو نفى التأثير عن البيع من حيث اللزوم و نفى السلطنة الثابتة فيبقى الامر على ما كان قبل وقوع السبب من هذه الحيثية فهو وارد مورد حكم آخر بمعنى ان الغرض الاصلى ليس مايفيده القضية بل انما هو نفى الاثر الذى هو قطع السبيل عن البيع فالغرض ابقاء ماكان بنفى المزيل و ازالة النافى فهو اثبات للمنفى ونفى للاثبات و المرجع هو ابقاء السلطنة و ان زال الملك بالبيع وقد مرّ لهذا شطر من البيان.

فقوله عليه السلام (البيّعان بالخيار) معناه ان الخيار لايزول عنهما بمجرد البيع بل كما كان لهما اختيار احد الطرفين من نقل المال الى غيره و قبول مال الغير لنفسه قبل البيع فكذا لهما ذلك بقاء لاحدوثاً وهذا مرجعه الى تنفيذ الفسخ والايجاب على مامر وانما ينقطع هذا الاستمرار بالمزيل وهو المسقط كالافتراق و من المعلوم ان كل حادث انما يستمر باستمرار عدم المزيل لابمعنى تأثيره فيه بل بمعنى تأثير الوجود في الازالة

وفي كل من كلمات الرواية شهادة على ذلك على مامر فكون الافتراق غاية للخيار لامعنى له الا انه مسقط له فانه رضا و اختيار كما وقع التصريح به في الرواية حيث قال ﷺ (فلاخيار بعد الرضا) .

و الحاصل ان كون التصرف مسقطاً بمعنى عدم اعتبار الاجتماع في ثبوت السلطنة وانما يتوقف عليه تحقق المسقط مما لااشكال فيه وانمّا الاشكال من جهات حقيقة الافتراق واعتبار الاختيار فيه و عدمه و كفايته من احدهما لهما واعتباره منهما في حق كل منهما و استقلال كل منهما بحكم نفسه و بيان كونه رضاً .

فنقول بعون الله تعالى ولا بد أوّلا من بيان مادة الافتراق وهيئته اما بحسب المادة فهو ضد الاجتماع والجمع ربط بين امرين فالرابط هو الجامع سواء كان زمانا أومكاناً اوامراً ذاتياً هو غيرهما فربما يكون بين شيئين اجتماع من جهة و افتراق من اخرى و ليس شيء منهما ذامراتب بخلاف البعد و القرب .

و الحاصل ان الافتراق انما يحصل بزوال الجامع و هو يختلف جداً فالتباعد بفرسخ بل بفراسخ ربما لايقدح في الاجتماع للحرب كما ان التباعد بعشرين ذراعاً ربما لايقدح في الاجتماع للبحث ولوقام احد المجتمعين في البيت لضيافة وخرج ليشرب الماء في الصفة او في بيت آخر لم يقدح في الاجتماع وكذا لوازداد البعد في محفل الانس بان يقوم احد الجلساء من الصدر ويجلس عند النعال لم يفارق الاحبة و قد يوجب الخطوة زوال الاجتماع كما لو جاوز بها الباب او الدكان بل قد يوجب الادبار تحقق الافتراق كما لوكان متصلا بدكان من اشترى منه وكان آخر في مقابله .

و بهذا تبين ما فيما في (التذكرة) حيث قال قدس سره و يحصل اى الافتراق بالتفرق بالابدان لا بالمجلس خاصة لانصراف الاطلاق اليه عرفاً وحيث علق الشارع الحكم عليه ولم يبينه دل على عرف الناس كغيره من الالفاظ كالقبض و الحرز والاحياء ثم قال بعد كلام له قد عرفت ان الحوالة في التفرق على العادة فلو تبايعا وأقاما سنة في مجلسهما ولم يتفرقا بابدانهما بقى الخيار و كذا لوقاما و تماشيا مصطحبين منازل كثيرة لم ينقطع الخيار لعدم تحقق التفرق .

ثم قال التفرق حقيقة في غير المتماسين و هو يحصل بان يكون كل واحد منهما في مكان ثم تبايعا لكن ذلك غير مراد من قوله صلى الله عليه وآله مالم يفترقا اى لم يجددا افتراقاً بعد عقدهما فيبقى المراد مالم يفارق احدهما مكانه فانه متى فارق تخللهما اجسام كثيرة فماكان بتخللهما اولاً يثبت معنى الافتراق باقل انتقال ولو بخطوة انتهى

ومحصله ان حقيقة الاجتماع هو التماس ولكن لما كان تجدد الافتراق مسقطاً وهو على حقيقته غير معقول غالباً لعدم التماس بين المتبايعين فلابد ان يكون المراد ازدياد البعد بينهما او مفارقة المكان الذى كان فيه مطلقا و ان كان شخصاً واحداً .

والى اول الوجهين ذهب (جامع المقاصد قدس سره) حيث قال المراد بافتراقهما طرو الافتراق بعد العقد بحيث يزيد على ما بينهما من البعد و يتحقق ذلك بالبعد بخطوة ونحوه و ذلك لان الافتراق الحقيقي حاصل بينهما وقت العقد فلا يراد من الحديث الا الافتراق الطارى بعده وليس هناك معنى سوى المعنى اللغوى وهو متحقق بما قلناه وقدنبه عليه في (التذكرة) و فرق بعض العامة بين الدار الصغيرة و الكبيرة فعين في الصغيرة الخروج منها أو صعود سطحها و اكتفى في الكبيرة بالانتقال من الصفة إلى الصحن و ليس بشيء انتهى و لكن الاولى ان يقول و ليس هناك شيء سوى المعنى العرفي فانه لو تحقق المعنى اللغوى لزم حصول الحاصل .

و اشار بقوله و فرق بعض العامة إلى مافي (التذكرة) حيث قال و فصل الشافعي هنا فقال ان كان في دار صغيرة لم يحصل التفرق الا بان يخرج احدهما من الدار أو يصعد احدهما إلى العلو و الاخر في السفل و كذا المسجد الصغير و السفينة الصغيرة لا يحصل التفرق الا بالخروج منهما و ان كانا في دار كبيرة و كان احدهما في البيت و الاخر في الصفة حصل الافتراق أو يخرج احدهما من البيت إلى الصحن أو يدخل من الصحن في بيت أو صفة و كذا السفينة الكبيرة اذا صعد احدهما إلى اعلاها و بقى الاخر في اسفلها وان كانا في صحراء او سوق قال الشافعي يحصل التفرق بانه يولّيه ظهره قال اصحابه لم يرد انه يحصل ذلك بنفس التولية وانما اراد اذا ولى ظهره و مشى قليلا إلى ان قال وكل هذه تخمينات الأولى الاعراض عنها و الاعتماد على مادل عليه اللفظ لغة انتهى .

وفيه ما عرفت من ان المعنى الحقيقى ليس هو اللصوق و ان ما نقله عن الشافعي مطابق للغة و العرف فان اختلاف الحال يدور مدار اختلاف الجامع و يتفرع على ما اخترناه عدم تحقق المسقط الا في بعض الاحيان فلو تناديا من بعد لايصدق معه الاجتماع عرفا أو في صحراء حال حركة كل منهما إلى جهة مخالفة لما يتحرك اليه الاخر مثلا بل لو تبايعا و هما في بيتين من دار كبيرة لم يكن للافتراق معنى و مجرد ازدياد البعد ليس مسقطاً و كذا يتفرع عليه امكان حصول الافتراق مع بقاء المتعاقدين على ما كانا عليه حال العقد كما اذا كانا في مجلس كبير و بنى بينها حايط بحيث صار مجلسين .

و(العلامة قدس سره) من جهة تنزيله الافتراق على زيادة البعد التزم بالسقوط في الاول و عدم السقوط في الثانى قال في (التذكرة) لايحصل التفرق ببقائهما في المجلس و ضرب ساتر بينهما كستر وشبهه ويكون كما لوغمضا اعينهما و كذا لوشق بينهما نهر لايتخطى وكذا لوبنى بينهما جدار من طين اوجص و في الاخر للشافعية وجهان اصحهما عدم السقوط لانهما في مجلس العقد ثم قال لو تباعدا كثيراً و تناديا و تبايعا صح البيع اجماعا و يثبت الخيار ماداما في مجلس العقد و موضعهما انتهى .

و قد عرفت المبنى مع فساده و من الغريب قوله ماداما في مجلس العقد الدال على زعمه تحقق المجلس في الفرض .

و قد صرح في (الدروس) بعدم تحقق الاجتماع قال : لو تناديا بالعقد على بعد مفرط صح العقد ولهما الخيار على الاقوى و ان تقاربا بالنقل و وجه عدم الخيار انه لايجمعهما مجلس عرفا انتهى. والحاصل ان الاجتماع في مجلس العقد في الصورة المزبورة لا معنى له .

هذا تمام القول في مادة هذا الفعل و اما الهيئة فدلالتها على الحدوث واضحة فلاتدل على مانعية الفرقة المقارنة للعقد كماتوهمه بعض العامة ولاينافي هذا ان كل قاطع و مزيل رافع لان التفرق من حيث هو ليس مزيلا و معانداً للزوم و انما هو كذلك من حيث كونه رضاً به و هذا من لوازم حدوث التفرق بعد الاجتماع حال العقد في بعض الصور على ما سيتضح انشاء الله تعالى و هل تقتضى زائداً على ذلك استنادها الى

احدهما او كل منهما ام لا و على الاول فهل تدل على اعتبار قصد العنوان ام لا و على التقديرين فهل يعتبر الاختيار وعدم الاكراه ام لا واما عدم اعتبار الكشف عن الرضا بالفعل فمما لاريب فيه .

و التحقيق ظهوراً الفعل ظهوراً اطلاقياً في الاختيار و السرفيه ان المختار اقوى في الفاعلية وأتم في رجوع الامراليه ومقتضى الوضع والحمل ان الموضوع في القضية هو البالغ اعلى درجات الموضوعية فنسبة الاحراق الى الشخص اولى من نسبته الى النار كما ان القتل كذلك و السم والسكّين و كذا النار آلات و ادوات للعمل و هذا لاينافي كون الالات ايضاً فواعل من حيث المنشأية للفعل و كما ان السبب كثيراً ما اولى بنسبة الفعل اليه من المباشر فكذا الحال في المقام وظهور الاطلاق و انصرافه الى الكامل هو المنشأ في الحكم بضمان الاقوى من السبب و المباشر .

وبهذا يندفع ماتوهمه بعضهم من أن نسبة الفعل الى الشخص مجاز إذا كان السبب غيره كما في الاحراق بالنسبة إلى الشخص فالتزم بان الامر بالاحراق لا معنى له بل انما المراد منه القاؤه في النار زعماً منه ان الاحراق ليس حقيقة فعل الشخص بل انما هوفعل النار و لم يتفطن ان كون الشخص فاعلا للحرقة اولى من كون النار كذلك و هى بالالة اشبه و ان كان المؤثر هو النار

و قد يتوهم ان الافتعال من حيث كونه للمطاوعة لايدل على الاختيار بل انما يدل على تحقق الاثر من الفاعل في المحل سواء كان هو الفاعل أو غيره فقولنا افترقا انما يدل على تحقق الافتراق بين الشيئين و اما كون الفاعل نفس المفترقين او غيرهما فلا و هو توهم فاسد فان شيئاً من الانفعال والافتعال والتفعل ليس ممحضاً في المطاوعة موضوعاً لها وانما هى صالحة للوقوع في ذلك المقام و انما وضع الافتعال للدلالة على كون الشيء واجد الشيء و صيرورته كذلك فربما يدل على الاستقلال بحسب خصوص المورد كما في (اضطرب) فانه افتعال من الضرب و كذلك (انتصر) و (اكتسب) .

وبهذا يفترق عن المجرد في قوله تعالى [لها ماكسبت وعليها ما اكتسبت] في الدلالة على كمال الاستقلال في الفاعلية بالنسبة إلى الشرور و هو السر في جواز تقدم القبول

على الايجاب إذا كان بالافتعال كالاشتراء دون ما هو ممحض في المطاوعة كالقبول و التفعل يدل على حمل الشيء فيدل على عدم الثبوت واقعاً في بعض المقامات و انه على سبيل التكلف كالتصبى و التشيخ و قد يستعمل في حمل غير الحدث كالتجلبب و التجورب و التردى و قد يفيد معنى مبايناً للمجرد كالتفقد فانه من الفقد فان حمل فقد الشيء كناية عن التفتيش عنه وقد يراد منه مجرد الشفقة على سبيل الكناية والانفعال ايضاً له معنى آخر مباين لهما ولا يمكن التعبير عن المعانى الحرفية على حقيقتها وانما الغرض التنبيه عليها بالمنبهات ولهذا انفرد كل منها بموارد لا يجوز استعمال بعض في بعض ما يستعمل فيه الاخر و ان جاز الاجتماع في بعض الموارد ايضاً وليس الامن جهة اختلاف المعنى.

فظهر ان الاجتماع والافتراق ايضاً يدلان على الاختيار و الاستقلال بل التفرق ايضاً كذلك و من الواضح ان الكلام من حيث كونه بمنزلة ان يقال ان كلا من البايع و المشترى بالخيار حتى يفترق عن صاحبه لا يدل الا على ان المناط في سقوط الخيار استناد الافتراق إلى ذى الحق فلا وجه للاكتفاء باستناده إلى اختيار احدهما في سقوط خيار المجموع واعتبار اختيار المجموع في سقوط الخيار عن احدهما و منشأ هذا التوهم جمع المتبايعين في الحكم مع انه لا يدل على اعتبار الاجتماع في ثبوته لكل منهما فهل يتوهم احد ان مفاد قولنا (اكرم زيداً و عمرواً مالم يفسقا) اعتبار فسق المجموع في سقوط الحكم حتى لو فسق احدهما وجب اكرامه ايضاً مالم يفسق صاحبه؟ كلا ثم كلا.

و منه يظهر فساد الاكتفاء باختيار احدهما في سقوط الخيارين و كأن المتوهم نظر إلى ان الفرقة حالة واحدة بين شخصين لا يعتبر استناد ذاتها إلى كلا المتعاقدين بان يذهب كل منهما إلى جهة مغاير لما يذهب اليه الاخر، و هذا مما لا نزاع فيه وانما النزاع في اعتبار استناد تحقق العنوان إلى أحدهما بعد استناد الذات إلى الاخر وعدمه فان ذهاب احدهما لا يصير افتراقاً الا بعدم مصاحبة الاخر له فذات الافتراق من الذاهب و العنوان من الساكن و هذا القائل يمنع من اعتبار الاختيار في تحقق العنوان بل انما يعتبره في ذات الفعل أو يكتفى بالاختيار في احدهما في صيرورة الافتراق اختياريا مستشهداً بظاهر الرواية الحاكية لفعل الامام عليه السلام.

و في (القواعد) لوحمل احدهما ومنع من الاختيار لم يسقط خياره على اشكال و اما الثابت فان منع من التخاير أو المصاحبة لم يسقط و الا فالاقرب سقوطه فيسقط خيار الاول انتهى .

و الظاهر ان مراده ان الحمل مع المنع من التخاير مانع عن تحقق عنوان الافتراق بالنسبة إلى المحمول مطلقا فلاوجه لسقوط خياره و اما الاخر فمع الامتناع عن المصاحبة يفترق حيث تمكن و مع التمكن من التخاير فلا اشكال في سقوط الخيار ولكن حيث تحقق الافتراق الاختيارى من احدهما فالظاهر كفايته في السقوط من الطرفين فحكم اولا بعدم سقوط المحمول و ان سقط خيار الاخر لعدم استناد الافتراق اليه بوجه من الوجوه ثم استظهر سقوطه بسقوط خيار الاخر وليس هذا من فروع الاكراه بل انما هو من قبيل الموت و مفارقة العاقد عن اثنين مكانه المتقدمان على هذا الفرع فكانه اراد ان ينبه على ان الحمل مع المنع من التخاير يشبه الموت في عدم صدق الافتراق و ان هذا غير مرضى عنده فان الغرض مجرد التنبيه على الجهة الموهمة و لهذا افرده عن اعتبار الاختيار و ذكره بعد التعرض للعاقد عن اثنين و موت احدهما في المجلس .

و بهذا تبين ما فيما ذكره ثانى المحققين قدس سره حيث قال بعدقوله على اشكال: لا وجه له بعد قوله فيما سبق او فرّقا كرهاً إلى قوله ولو لم يتمكنا من الاختيار الا ان يقال ان هذا رجوع عن الجزم إلى التردد و هو بعيد انتهى .

و فيه ان هذا التردد انما هو من جهة اطلاق الحكم بعدم سقوط خيار المحمول من حيث عدم تحقق الافتراق بالنسبة اليه اصلا لا من جهة الاكراه زعماً ان الافتراق اما بالتباعد عن صاحبه او بالتقاعد عن اصطحابه ولم يتحقق شيء منهما في المقام وحيث انه لم يكن عنده وجيهاً صرح بخلافه فانه لولم يكن افتراقا وجب ان لا يسقط الخيار حتى مع التمكن من الاختيار فهو ايضاً من فروع مسئلة الاكراه .

ثم قال و الحق ان الخيار لا يسقط لان الافتراق المستند اليهما لم يتحقق و لو تناديا بالبيع في سفينتين مثلاففرقهما الريح التي لايتمكنان من الاصطحاب معهافالظاهر

ان الحكم كذلك ان لم يتمكنا من الاختيار ولو رهشا فلم يختارا حينئذ ففي السقوط نظر انتهى .

و فيه ان هذا انما يتجه بالنسبة إلى المحمول و هو الذى دعا المصنف قده إلى الحكم بعدم سقوط خياره فان الافتراق المستند اليه لم يحصل و هذا ليس من جهة الاكراه فانه انما يمنع من السقوط فيما استند الفعل إلى الشخص و في المقام اصل الاستناد غير متحقق و اما بالنسبة إلى الاخر مع التمكن من احد الامرين فلا يتجه هذا الكلام .

و محصله ان ذات الافتراق ليس مستنداً إلى اختيار واحد منهما اما المحمول فظاهر و اما الثابت فلانه ليس فاعلا للفرقة و محدثا لها و ان كان انصاف اذهاب المحمول بالفراق متوقفاً على ثبات صاحبه و عدم مصاحبته فلم يستند الافتراق في الفرض إلى واحد منهما مع انه يعتبر فيه استناده اليهما حيث انه مسقط اختيارى كالتصرف فلابد من استناده إلى ذى الحق لا ان المناط الاستناد إلى المجموع كما توهمه جماعة من هذا الكلام .

و قال عند شرح قوله اما الثابت قديقال ان الاشكال آت هنا ايضاً لان الافتراق ان صدق سقط الخيار و ان انتفى بقيا و ان شك فيه فالشك في خيار كل منهما و في العبارة فساد آخر لان عطف المصاحبة على التخاير يقتضى بقاء الخيار بالمنع من احدهما وليس كذا انتهى .

و فيه ما عرفت من انه انما اراد ترجيح سقوط خيارهما بتثبت الثابت عن احد الامرين بعد التنبيه على وجه لعدم سقوط خيار المحمول مطلقا مع عدم التمكن من التخاير ولامجال للاستشكال في سقوط خيار الثابت إذا تثبت بل انما يتوجه ماذكره بالنسبة إلى المحمول واما العطف فهو يختلف باختلاف العاطف فان كلمة أو لاحد الامرين ومقتضى المقام الجمع الذى هو مقتضى الواو فالظاهر انه غلط في النسخة أو سهو من القلم والامر فيه هين

و قال في شرح قوله فالا قرب سقوطه الخ وجه القرب صدق الافتراق والتحقيق

ان يقال بقاء خيارهما معاً و سقوطه دائر مع صدق الافتراق و عدمه ولا وجه للتفريق بينهما في الحكم انتهى .

وفيه ان الوجه في سقوط خيار الثابت في صورة التمكن من التخاير دون المصاحبة انما هو تحقق المناط و هو عدم اغتنام الفرصة الذى هو اعم من ترك الاصطحاب و ترك التخاير فان ترك التخاير مع العجز عن المصاحبة لايوجب استناد الافتراق اليه وان كان متمكناً من التخاير و اناطة الحكم بصدق الافتراق وعدمه ينافى الاكتفاء بالتمكن من التخاير و التفريق في غاية الوجاهة لاستقلال كل منهما بالخيار و مسقطه و اختصاص احدهما بالمسقط يقتضى اختصاصه بسقوط حقه فالمنع من التفكيك لاوجه له .

ففيما ذكره فساد من وجهين حصر المناط في الافتراق و الاكتفاء بتحققه في سقوط الخيار من الطرفين مطلقا اما الاول فلان الالتزام بسقوطه بترك التخاير مع التمكن ينافى اناطة الحكم بالافتراق من حيث هو كذلك ، واما الثانى فلان المستفاد من الرواية اناطة السقوط بافتراق ذى الحق لاغيره والتحقيق ان مقتضى صريح الرواية ان الافتراق انما يسقط من حيث كونه رضاً ولا إشكال ان الرضا في المقام انما هو اختيار السقوط على ما عرفت مما حققناه في التصرف و هو بالنسبة إلى الافتراق عن الاختيار و ترك التخاير في غاية الاشكال ولا وجه له الا انه لما كان حقيقة البيع هو الالتزام بايصال المال و احداث الجدة و الخيار هو السلطنة على ابقاء الالتزام وحله والنظر في المقامين مقصور على المال فبعد اخراج البايع المال من يده الذى يتوقف عليه تمامية البيع لامعنى لاعمال الخيار الا استرداد المبيع و ارجاعه الى نفسه فحيث تسامح في ذلك مع كون المشترى عنده بان خلّى سبيله ففوّت هذا التمكن مستنداً اليه حيث انه لم يغتنم الفرصة .

ان قلت ان الفسخ لا يتوقف على الاجتماع مع من عليه الحق و كذا ليس ترك الاخذ بالحق تفويتاً له بالذات وان توقف على الاجتماع حيث تمكن منه مرة اخرى فلا معنى لكون الافتراق و ترك التخاير تفويتاً للتمكن من الفسخ و فساد هذا الوجه قبل القبض وفي السلم اوضح فان الفسخ لايستتبع استرداد مال وكذا الحال فيما لوكان البايع وكيلا او ولياً و كان المبيع عنده من طرف المشترى مع ان كون الفسخ ارتجاعا

أو رداً لا معنى له بل إنما هو من مقولة الانشاء .

قلت بعون الله تعالى ان الغرض كون الافتراق بالنسبة إلى ذات الخيار رضاً لا بالنسبة إلى كل واحد من الموارد وقد تبين مما تقدم ان الخيار ابقاء للسلطنة الزائلة بوجود المقتضى له بمعنى انه منع لتأثير المقتضى و السلطنة السابقة قد بينا ان متعلقها المال في بيع العين بالعين و متعلقها النفس في الكلى والسلطنة على المال عين الجدة و ينتزع منها الاستحقاق في بعض الموارد و ليس البيع الا تبديل السلطنتين لان البدلية انما هى في الاستيلاء و هو عين تبديل المالين والنظر في بيع الكلى ايضاً ليس الااحداث الجدة بتسليم الفرد و لهذا لا يتم الا بالقبض فكما ان مرجع البيع في الحقيقة إلى احداث الجدة فكذا مرجع الخيار إلى ازالتها بالنسبة إلى احد الطرفين و هو الازالة لا بالنسبة إلى الاقرار و هذا لا ينافى تعلق الفسخ في بعض الاحيان بالعقد من غير أن يترتب عليه رد و ارتجاع كما انه لا ينافى كون البيع متعلقاً بالكلى فمعنى ان عدم اغتنام الفرصة و ترك المصاحبة والتخاير شيء واحد ان الافتراق و ترك التخاير كذلك بالنسبة إلى نوع الحق و ما هو المنظور ابتداء و ان لم يكن كذلك بالنسبة إلى كل مورد من الموارد .

والحاصل ان البيع تسليط بعوض ولافرق بين ان يقال المال بدل من المال و ان العلقة بين المالين و بين ان يقال ان السلطنة بدل من السلطنة والاستحقاق مما يترتب على ذلك وليس التبديل الا التعهد بالايصال والتسليط تسبيباً بمعنى ايجاد سبب السلطنة وان لم تحصل اما لعدم اقدام المشترى على القبض واما لوجود مانع من حدوث الجدة ككون المبيع ممن ينعتق عليه و لهذا لا يتم العمل ولا يستحق استيفاء الثمن الا بالتخلية و التعذر بالتلف بحكم الانفساخ فيصح ان يقال ان البيع احداث للجدة بعوض بهذه الملاحظة و كذا الخيار سلطنة على ارتجاع المال وكل من الحكمين انما يصح اقتضاء.

و اما بحسب الفعلية فليس البيع الا احداث البدلية بين المالين إذا كانا جزئيين و اما الكلى فلا يترتب على بيعه الا الاستحقاق مع انه ليس من حقيقة البيع في شيء فان السلطنة على الشخص ليست حقيقة البيع و انما هى من آثاره و لهذا لا يتعلق الا بالعين و ان كان كليا مع ان تبديل الكلى و تمليكه لا معنى له و كذا الخيار ليس الا

السلطنة على حل العقدة و ابطال الاستحقاق و اين هذا من اخراج المال عن تحت يد الغير فكونه اخراجا فعليا للمال عن سلطان المشترى ليس الامن قبيل كون البيع احداثا للسلطنة الفعلية ولا اشكال ان الاجتماع مع من عنده المال سبيل إلى اخذه منه و ترك الاستيفاء والاخذ إلى ان يتبدل بالافتراق تفويت للفرصة و ان اطمأن بوجود فرصة اخرى فترك المصاحبة و التخاير بملاحظة النوع الذى هو الملحوظ في جميع المراحل اختيار لبقاء السلطنة الحادثة و عدم رجوع المال إلى من انتقل عنه فليس كون الافتراق و ترك التخاير رضاً الا من قبيل كون البيع تمليكا .

فظهر ان الافتراق في المقام كناية عن اخراجه عن يده و ارساله بعد ان كان عنده و منه يظهر سر كون ترك الفسخ مسقطاً من انه ليس من الافتراق في شيء و ان اهتديت بعون الله تعالى إلى ما لا يهتدى اليه احد لولا ان يهديه الله تعالى تبين لك ما في كلمات الاصحاب من التشويش و الاضطراب .

ففي (التذكرة) لوفارق احدهما موضعه و بقى الاخر بطل خيار الاول قطعاً و في الثانى للجوينى احتمالان سقوط خياره و هو الاقوى عندى لتحقق معنى الافتراق فانه يحصل بقيام احدهما من مكانه و عدمه بل يدوم إلى ان يفارق مكانه و ليس بشيء و كذا لوهرب احدهما خاصة سواء فعل ذلك حيلة له في لزوم العقد اولا و سواء كانا عالمين بالحكم أو بالتفريق أو جاهلين بهما أو بالتفريق لتحقق الافتراق في الجميع انتهى.

فان خيار الثابت لاوجه لسقوطه مطلقا و انما يكون كذلك حيث تمكن من احد الامرين و استند اليه بحيث يصدق انه هو الذى لم يغتنم الفرصة في استيفاء المال لوكان صاحبه غاصباً وكان الاجتماع معه سبيلا إلى الاستيفاء و الاستناد في سقوط الخيار الثابت إلى تحقق الافتراق لا معنى له . و في موضع آخر منها لو اكرها على التفرق و ترك التخاير لم يسقط خيار المجلس و كان الخيار باقياً إلى ان يوجد ما يدل على الرضا باللزوم و هو اظهر الطريقين عند الشافعية والثانى ان في انقطاعه وجهين كالقولين في صورة الموت و هذا اولى ببقاء الخيار لان ابطال حقه قهراً مع بقائه بعيد .

و كذا لو حمل احد المتعاقدين و اخرج عن المجلس مكرها و منع من الفسخ

بان يسد فوه مثلا ولو لم يمنع من الفسخ فطريقان للشافعية اظهرهما ان في انقطاع الخيار وجهين احدهما ينقطع و به قال ابواسحاق لان سكوته من الفسخ مع القدرة رضا بالامضاء و أصحهما أنه لا ينقطع لانه مكره في المفارقة فكأنه لا مفارقة و السكوت عن الفسخ لا يبطل الخيار كما في المجلس و الثانى القطع بالانقطاع فان قلنا به انقطع خيار الماكث ايضاً والا فله التصرف بالفسخ و الاجازة .

ثم قال لو ضربا حتى تفرقا بانفسهما فالاقرب عدم انقطاع الخيار لانه نوع اكراه و للشافعي قولان ولوهرب احدهما ولم يتبعه الاخر مع التمكن بطل خيارهما و إن لم يتمكن بطل خيار الهارب خاصة و في بطلان خيار الاخر وجهان للشافعية والاقرب عندى البطلان ان كان الهرب احتياراً لانه باختياره فارقه ولايقف تفرقهما على تراضيهما جميعاً لانه لما سكت عن الفسخ و فارقه صاحبه لزم انتهى .

و هذا الكلام صريح في ان المعتبر انما هو اختيار احدهما في الافتراق و يكفى في سقوط خيار الاخر سكوته مع التمكن من التخاير بل يظهر منه سقوط الخيار فيما لو استند التفريق إلى الغير حيث تمكنا من التخاير و يندفع التهافت بين كلاميه و في موضع آخر منها وإذا وجد التمكن فهل هو على الفور فيه ما سبق من الخلاف فان قلنا بعدم الفور وكان مستقراً حين زايله للاكراه في مجلس امتد الخيار بامتداد ذلك المجلس و ان كان ماراً فاذا فارق في مروره مكان التمكن انقطع خياره وليس عليه الانقلاب إلى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الاخر ان طال الزمان و ان لم يطل ففيه احتمال عند الجوينى انتهى و فساده أوضح من ان يبين .

وفي موضع آخر لومات احد المتعاقدين في مجلس العقد احتمل سقوط الخيار لانه يسقط بمفارقة المكان فبمفارقة الدنيا اولى وعدمه لانتفاء افتراق الابدان فيثبت للوارث مادام الميت والاخر في المجلس أوالاخر والوارث هذا و من غرايب الكلام ضرورة ان مفارقة المكان ليس مسقطا بل انما المسقط مفارقة الشخص بل ليس هذا ايضاً مسقطاً الا من حيث انطباق عنوان آخر عليه الذى هو اعم منه و من ترك الفسخ ولا معنى لاولوية الموت عن مفارقة المكان ولا وجه للاكتفاء ببقاء البدن و ليس الاجتماع مع البدن

اجتماعاً مع الشخص و الاكتفاء باجتماع الوارث مع الاخر من الوهن بمكان .

ثم قالا ان قلنا بثبوت الخيار للوارث فان كان حاضراً في المجلس امتد الخيار بينه و بين العاقد الاخر حتى يفترقا أو يتخايرا و يحتمل ان يمتد الخيار بينه و بين الاخر مادام الميت والاخر في المجلس و ان كان غائباً فله الخيار إذا وصل الخبر اليه ثم هو على الفور أو يمتد بامتداد مجلس بلوغ الخبر اليه للشافعي فيه وجهان الفور لان المجلس قد انقضى وانما ابتناله الخيار لئلا يبطل حق كان للمورث وعدمه لان الوارث خليفة المورث فيثبت له على ما للمورث و الاول عندى اقرب انتهى و غرابة هذه الكلمات من مثله مما لا يخفى ، و اما ما في كلمات غيره فالوقت اشرف من ان يضيع في بيانه و الحمد لله تعالى .

﴿ القسم الثاني ﴾

﴿ من الخيارات خيار الحيوان ﴾

و فيه ايضاً خمس مقامات الاول فيما فيه الخيار ، و الثاني في كيفية التعلق ، و الثالث فيمن له الخيار ، و الرابع في مبدئه و غايته ، و الخامس في المسقطات

اما المقام الاول فلا ريب في عدم ثبوته في الحشرات كدود القز ، و منها السمك و ان كان كبيراً لانصراف الحيوان إلى ماله نفس سائلة فان الحيوانية في غيره ضعيفة فينصرف إلى ما ليس من قبيل الديدان و الخنافس و هذا هو السر في اختصاص ذى النفس بماثبت من الاحكام للحيوان كالنجاسة بالموت ولكن لافرق بين ماكان المقصود منه اللحم وساير الاجزاء اوكان المقصود منه مالايحصل الا بالحيوة بل يثبت هذا الحكم في الكلى إذا تشخص قبل انقضاء ثلثة ايام .

و اما المقام الثاني فظاهر الاخبار ان هذا الخيار انما شرع لتدارك مايرد من جهة الحيوان للارفاق في المعاملة مطلقا فالنظر إلى الحيوان كما هو الحال في خيار الشركة لا إلى العقد مطلقاً و قد يستظهر من الرد المعبر به في الرواية و هو محل نظر فتدبر .

و اما المقام الثالث فتحقيق الحق فيه يحتاج إلى تمهيد مقدمة تتكفل ببيان حقيقة المشترى و تميزه من البايع و هذا المعنى و ان اوضحنا فيه الحال فيما مر بما لا مزيد عليه فنقول تأكيداً لما مر ان الانشاء اما عقد صرف و هو المركب من ايجابين أو ايجاب وقبول واما ايقاع محض واماايقاع فيهجهة عقدية فكأنه برزخ بين العالمين لتوقفه على رضا الغير من غيران يتوقف على قبوله فلايعتبر فيه مايعتبر في القبول من الموالات و الترتيب و العربية وغيرها كالوقف و الضمان والوصية و التحليل و الخلع فان الوقف الخاص من جهة ترتب ملكية الغلة عليه قبل القبض وصيرورته بحكم الاملاك اعتبروا فيه رضا الموقوف عليه من جهة انه لايقهر احد في ادخال المال في ملكه .

و قديتوهم ان العين الموقوفة في الوقف الخاص ملك لاربابها و هو توهم فاسد بل انما يفترق عن العام بان الغلة فيه تملك قبل القبض و تنتقل إلى الوارث إذامات قبل القبض بخلاف الوقف على الجهة فحيثلم يقبض الموقوف عليهلم يملكها وإذامات يصرف فيمن دخل في العنوان مع ان التحقيق عدم اعتبار الرضا أيضاً و انما الوقف ايقاع صرف و كون الغلة ملكا لا يستلزم اعتبار الرضا فان عدم اعتباره من غير الطبقة الاولى مسلم و ليس الاكتفاء برضا الطبقة الاولى في تمليك ماسواها الا كالتمليك القهرى بل هو هو نعم ليست الغلة في الاعيان الموقوفة مطلقا كساير الاملاك بل حيث مالم يرض الموقوف عليه بالتملك صرفه الناظر فى غيره .

والامر في الوصية على منوال الوقف الخاص و اما الضمان فالامر فيه ظاهرحيث ان نقل الدين من ذمة المديون إلى الضامن تصرف في حق الغريم لا ينفذ الا برضاه و اما اعتبار القبول في الوقف و الضمان استناداً إلى اطلاق العقد عليهما فمن سخائف الاوهام ، و اما المركب من الايجابين فهو الصلح و الاقالة .

و كيف كان فالبيع عبارة عن العقد المركب من انشاء تبديل مال بمال و قبول فالبايع هومن قام به انشاءالتبديل والمشترى هوالقابل فالنظر في البيع إلى المبيع فالبايع يبيعه و المشترى يشتريه و الثمن تابع و آلة و المناط في الاستقلال و التبعية انما هو نظر المتعاقدين وبهذا يفترق السلمعن النسيئة حيث ان الايجاب في الاول قائم بالمشترى

فيمكن ان يكون الغرض بيع دينار نقداً برطل من الحنطة مؤجلة و هو النسيئة و ان يكون المقصود بيع رطل من الحنطة مؤجلة بدينار نقداً و على التقديرين فالنقد هو الدينار و المؤجل هو الحنطة فلا يتمايزان الابما حققناه ففى السلم النظر الاستقلالى انما هو على المؤجل و قيام الايجاب بحسب الظاهر بالمشترى لا يخرجه عن التبعية و كونه قابلا في الحقيقة كما أن تقدمه لاينافى ذلك .

و توهم ان الفرق بين البيع و الصلح انما هو بالصيغة ناش عن عدم الخبرة بالفن بل عدم العثور على الواضحات الايرى المتوهم انمن فروع اعتبار الصيغة في كتاب البيع وقوعه بلفظ الصلح وعدمه و من فروع الصلح وقوعه بلفظ البيع وعدمه و مثله في وضوح الفساد جعله ضابطاً لتميز البايع والمشترى و التميز بالتقدم و التأخر او بدخول الباء و عدمه فان هذه اوهام بعيدة عمن له ادنى خبرة .

و إذ قد تمهدت المقدمة فاعلم انهم اختلفوا في اختصاص المشترى بهذا الخيار فنسب إلى (علم الهدى قدس سره) في (الانتصار) تشريك البايع والمشترى في هذا الخيار إذا كان المبيع حيوانا و هو توهم فاسد قال و مما انفردت به الامامية ان الخيار يثبت للمتبايعين في بيع الحيوان خاصة ثلثة ايام و ان لم يشترط و خالف باقى الفقهاء في ذلك و ذهبوا إلى ان الحيوان كغيره لا يثبت فيه الخيار الابان يشترط دليلنا الاجماع المتردد ويمكن ان يكون الوجه في ثبوت هذا الخيار في الحيوان خاصة أن العيوب فيه اخفى و التغابن فيه اقوى ففسخ فيه ولم يفسخ في غيره وليس للمخالف ان يقول كيف يثبت بين المتبايعين خيار من غير ان يشترطاه وذلك انه إذا جاز ان يثبت خيار المجلس من غير اشتراط جاز ان يثبت الخيار الذى ذكرناه و ان لم يشترط انتهى .

و مراده من ثبوت الخيار للمتبايعين ثبوته بينهما الذى عبر به ثانياً فهو اهمال في الحكم لا اطلاق و يرجع إلى المختار من ثبوته لصاحب الحيوان فالغرض انما هو نفى الاختصاص لا اثباته لكل منهما مطلقا كما يفصح عنه دعوى الاجماع و الاستناد اليه فان التشريك لاقائل به فكيف يدعى الاجماع عليه و الظاهران النسبة إلى (ابن طاوس قدس سره) في البشرى ايضاً من هذا القبيل .

و كيف كان فغاية ما يمكن ان يستدل به على هذا وجوه : **الاول** الاجماع المدعى في (الانتصار) وفساده لايخفى على من لاحظ الفتاوى ، **الثاني** استصحاب خيار المجلس بناء على عدم عموم زماني في الاية فالمقام من استصحاب حكم المخصص و فيه انه لا معنى له مع الشك في المقتضى فان ارتفاع خيار المجلس بالافتراق معلوم فالشك في الحدوث و مقتضى الاستصحاب الحكم باللزوم فان المقتضى له و هو العقد موجود ولا يعتد باحتمال المانع .

الثالث : صحيح (محمد بن مسلم) عن (الصادق عليه السلام المتبايعان بالخيار ثلثة ايام في الحيوان و ما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا) و صحيحه الاخر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلثة ايام) كصحيح (زرارة) عن (الباقر عليه السلام) .

و فيه ان ثبوت الخيار للمتبايعين يمكن ان يكون في صورة كونهما صاحب الحيوان فمعنى كون كل منهما بالخيار في الحيوان انه فيما انتقل اليه من الحيوان بالخيار ولا اشكال في ان ارادة هذا المعنى من هذا الكلام ليس تقييدا لمطلق ولا تخصيصاً لعام ولا فيه تجوز بل الظاهر منه هذا المعنى سيما بقرينة اتحاد الراوي و المروي عنه فيها و فيما بعدها فالاختلاف انما هو في التعبير و صراحة الثانية في ارادة من انتقل اليه الحيوان واضحة فان العدول من العنوان الاول إلى الصاحب لا وجه له الا ذلك .

وبهذا يندفع توهم اختصاص المشتري بهذا الخيار والالتعين جعله عنوانا فالعدول عنه إلى الاعم دليل على ان الملاك كونه صاحب حيوان و قد حققنا في محله ان جعل المشتق عنوانا دليل على علية المبدء ودوران الحكم مداره خصوصاً في مقام اعطاء الضابط كما في المقام فلا وجه للاستدلال بالاخيرتين فان من انتقل عنه الحيوان كان صاحباً له و الصاحب الفعلي انما هو من انتقل اليه و اطلاق المشتق على ما انقضى عنه المبدأ غلط الا حيث لم يكن عنوانا فانه يجوز ان يجعل رسماً منبهاً من غير تجوز كما في قولك (جائني قاتل زيد) فان الحكم لم يتعلق بالشخص من حيث هو قاتل و انما جعل الوصف معرفا له هذا حال ما نسب إلى (المرتضى قدس سره) .

و اما المشهور وهو اختصاص المشترى بهذا الخيار فالعمدة فيه الاخبار المصرحة به فعن قرب الاسناد (سئل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشترى أو للبايع أولهما كليهما فقال الخيار لمن اشترى ثلثة ايام نظرة فاذا مضت ثلثة ايام فقد وجب الشراء) و فيه ان غاية مايدل عليه بطلان ما نسب إلى (المرتضى قدس سره) من التشريك فيما إذا كان المبيع فقط حيوانا فان الصاحب الفعلي حينئذ هوالمشترى واما الانتفاء فيما إذا كان الثمن حيوانا فلا اشعار في الرواية به .

و به يظهر فساد الاستناد إلى مايتوهم ظهوره في هذا المعنى كصحيح (الفضيل ابن يسار قال للصادق عليه السلام ما الشرط في الحيوان فقال ثلثة أيام للمشترى قلت و ما الشرط في غير الحيوان فقال البيعان بالخيار ما لم يفترقا) دلت على إختصاص المشترى بخيار الحيوان من اربعة وجوه تعريف المبتدء باللام فان التقدير الخيار ثلثة ايام للمشترى و اقتران الخبر باللام المفيدة للاختصاص و وقوع القيد في جواب السؤال الذى هو بمنزلة المحدود بل هوهو والعدول في الجواب عن غير الحيوان إلى التعميم و مع ذلك فقد عرفت عدم نهوضها لمعارضة ما استندنا اليه و قد عرفت ظهور صحيحى (ابن مسلم) في المطلوب بل صراحتهمافتفطن .

ان قلت ان مقتضى ما تقدم ان مورد الخيار انما هوالمبيع من غير فرق في ذلك بين البايع و المشترى لانه الذى استقل بتعلق العقد به فللبايع ارتجاعه و للمشترى رده و لهذا لايرتفع الخيار بتلف الثمن مطلقا و قديرتفع بتلف المبيع قلت ان هذا انما هو مقتضى الاصل لا انه يمتنع تعلق الحق بالثمن و المفروض قيام الدليل في المقام على ذلك .

و اما المقام الرابع فالحق فيه ان المبدأ من حين العقد كخيار المجلس لا من حين التفرق فان الاقتصار على ذكر الغاية انما يصح حيث تبين الابتداء ولامعين الاول زمان حدوث العقد ، و بالجملة فلا اشكال في ظهور الادلة في ذلك و عزّى إلى (الشيخ) و (ابنى زهرة وادريس) قدس الله اسرارهم ان المبدأ من حين التفرق فان ارادوا ثبوته في هذا الحال حتى بعد انقضاء ثلثة ايام ففساده اظهرمن أن يبين وان اردوا

ثبوته في الايام الثلثة بمقدار مابقى منها بعد الافتراق و زوال خيار المجلس فله وجه و استدل له بان الخيار ماهية واحدة فان تعدد الشخص لزم اجتماع المثلين لاتحاد ذى الحق و من عليه الحق ومافيهالحق و ان اتحد لزم اجتماع العلتين المستقلتين على معلول واحد شخصى والاولى الاقتصار في الاستدلال على الشق الاول .

و كيف كان فيدفعه ان العرض كما يتشخص بالموضوع فتعدده يوجب تعدده فكذا منشأ الانتزاع و من المعلوم اختلاف منشأ الانتزاع في الخيارات فان الغبن جهة مغائرة للعيب و تعذر التسليم مغائر لتخلف الوصف و هكذا و اختصاص خيار المجلس بكون الافتراق مسقطاً له كاشف عن مغائرته لساير الخيارات و هذا يكفى في اندفاع الشبهة و المعروف بين اشباه الحكماء عدم الفرق بين الموضوع و منشأ الانتزاع و ليس هذا مقام دفع هذه الشبهة .

و إلى ما حققنا ينظر ما افاده (آية الله قدس سره) في (التذكرة) حيثاجاب بتعدد الجهة مع اتحاد الذات و قديوجه بان استقلال كل من العلتين يتوقف على ان لاتقارن الاخرى فهما حال الاجتماع علةواحدة فالخيار شخص واحد معلول لعلةواحدة و هو مجموع الامرين و هو كماترى فانه التزام بوحدة الحق و الغرض اثبات تعدده بل التحقيق ما حققناه من ان الحق متعدد و كل علة له معلول مستقل و اختلافمنشأ الانتزاع يكفى في تعدد الشخص .

و الحاصل ان خروج العلة التامة حال الاجتماع مع مثلهاعن التمام إلىالنقص مقتضى القواعد ولا فرق فيه بين العلل الشرعية و العقلية ولا معنى للحكم بان العلل الشرعية معرفات و لكنه عن المقام اجنبى فتفطن ، و لهذا القول ادلة سخيفة يغنى وضوح فسادها عن تضييع الوقت في التعرض لها .

و هل يكفى في تحقق هذا الحقمجرد العقد او يتوقف على افادة الملك أوالمناط افادة الملك لا غير ففى الفضولى و الصرف يثبت الخيار بمجرد العقد قبل الاجازة و القبض اولا يثبت الا إذا تحقق الشرط قبل الثلثة أو يثبت بعد الشرط و ان تأخر عن الثلثة وجوه و الحق هو التفصيل اما الفضولى فالحق فيه هو الثانى فان الاجازة ليست

كساير الشروط فالعقد قبلها ليس مشتملا على مقتضى اللزوم، و الخيار انما هو مانع ولا معنى للمنع قبل وجود المقتضى فان العقد قبل الاستناد إلى المالك لا يقتضى زوال سلطانه وانما يكون كذلك بعد الاجازة فيثبت الخيار في الثلثة بعد الاجازة

واما مثل الصرف فان قلنا فيه بوجوب القبض فى المجلس و ان التفرق قبله حرام مبطل فلااشكال في ثبوت الخيار فيه والا فاشكال والفرق ان العقد قبل الاجازة غير مستند إلى المالك بوجه من الوجوه فلم يقع منه ما يقتضى خروج المال عن يده فالواقع من الفضول انما هو صالح لان يحدث فيه المقتضى بالاجازه بخلاف الصرف و السلم قبل القبض حيث ان المقتضى لخروج المال عن يد المالك موجود و هو العقد الصادر عنه برضاه و توقف اثره على امر لا ينافى ذلك فان الفسخ حل العقد و هو ثابت .

و اما المقام الخامس فقد تبين الحال فيه مما مر في خيار المجلس .

﴿ القسم الثالث ﴾

＊(من الخيارات خيار الشرط)＊

و قبل الخوض في المرام لابد من تحقيق ماهية الشرط و حقيقته و بيان اقسامه و وجه نفوذ و وجوب الوفاء به ، فنقول بعون الله تعالى انه يطلق على معان:

منها الالزام في ضمن الانشاء كشرط الصياغة و الكتابة في عقد البيع سواء تعلق بمتعلقه كشرط العتق و الوقف في بيع العبد و الدار، ام لا كالمثال المتقدم في البيعين المفروضين .

و منها اعتبار شيء جزءا لمتعلق الانشاء تابعاً له في تعلق القصد به فهو جزء ملحوظ في طول ساير الاجزاء لا في عرضها فلكونه جزء يتبعض الصفقة بظهوره مستحقاً للغير و لكونه تابعاً لا يصلح للانفراد في ترتب اثر الانشاء عليه فلو بان المتبوع مستحقاً و رد المالك أو كان مما لا يملك في البيع فسد العقد بخلاف العكس و ذلك كاشتراط الثمرة في بيع الشجرة و اشتراط الحمل في بيع الحامل و اشتراط اموال العبد في بيعه.

و منها اعتبار امر كيفيةً للانشاء أو لمتعلقه او غاية لاثره كشرايط الوقف فانها ليست الاقيوداً فيه و تحديداً له و كذلك الحال في شرايط الوكالة و اعتبار عمر المتصدق أو المتصدق عليه في السكنى و الرقبى والعمرى و اشتراط الجودة و الجعودة في الحنطة و شعر الامة و اشتراط الاسنان المعلومة في الغنم ، و المعتبر كيفيته للمتعلق مرجعه إلى الوصف و هو اما منوع و اما مشخص و كل منهما اما في الكلى و اما في الجزئى و المنوع ما ينتفى بانتفائه الانشاء كالذكورة و الانوثة في الرقيق و كون الثوب من غزل كتان او قطن والمشخص ما ينتفى بانتفائه اللزوم كالجودة و الجعودة و البكارة .

ومن هذا الباب اشتراط الضمان في العارية فانه لامعنى له الا اعتبار اليد يدضمان فان العارية في نفسها مقتضية للايتمان لاعلة تامة له كالوديعة فاليد مقتضية للضمان و الايتمان مانع حيث ان الضمان حق لا حكم و الايتمان بالذات مستلزم للصفح عن هذا الحق و دفعه و شرط الضمان عبارة عن دفع عنوان الايتمان المانع من الضمان و ابقاء اليد على ما يقتضيه من الضمان فافهم .

و منها اعتبار امر ركناً تابعاً في العقد كالثمن في البيع و الاجرة في الاجارة ولا تنافى بين الركنية و التبعية على ما عرفت في خيار الحيوان وعلى هذا ورد نهى (النبى ﷺ) عن شرطين في بيع ولم يستعمل الشرط فيما لم يلاحظ فيه معنى الربط اصلا و توهم انه استعمل في العقود كما وقع لصاحب (الحدائق) بمكان من الفساد ولا يخفى ان مرجع الوجه الاول إلى جعل حق للمشروط له على المشروط عليه ومرجع الوجه الثالث اما إلى الانتفاء فهو تحديد للموضوع و اما إلى جعل سبيل للمشروط له على المشروط عليه على تقدير التخلف وهو الذى مرجعه إلى الوصف المشخص المحدد للموضوع من حيث اللزوم.

و قد يكون الشرط امراً بين الامرين كاشتراط مباشرة المستأجر في استيفاء المنفعة من العين المستأجرة فان أثره استحقاق الموجر منع المستأجر من اجارتها لا تحديد الموضوع بحيث لا يملك ان يملّك المنفعة لغيره و الا لم ينفع الاذن بل توقف على اجارة جديدة مع انه معلوم الفساد وأيضاً لو غصب واحد من المستأجر العين المستأجرة فاللازم لكون المنفعة المملوكة للمستأجر محدودة و كون المباشرة قيداً ان يضمن لكل

من المستأجرو الموجراُجرة وهومعلوم الفساد فافهم فهوجعل حق باعتبار و اعتبار كيفية باعتبار آخر فتدبر .

و مما حققنا تبين ما فيما افاده (شيخنا قدس سره) حيث قال و في (القاموس) انه الزام الشيء و التزامه في البيع و غيره و ظاهره كون استعماله في الالزام الابتدائي مجازاً أوغير صحيح لكن لااشكال في صحته لوقوعه في الاخبار كثيراً مثل قوله صلى الله عليه وآله في حكاية بريره (ان قضاءالله احق و شرطه أوثق و الولاء لمن اعتق) و قول (امير المؤمنين صلوات الله عليه) في الرد على مشترط عدم التزويج بامرأة اخرى في النكاح (ان شرط الله قبل شرطكم) و قوله ماالشرط في الحيوان(قال ثلثة ايام للمشترى) قلت و في غيره قال (هما بالخيار حتى يفترقا) وقد اطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض اخبار الشرط في النكاح و قد اعترف في (الحدائق) بان اطلاق الشرط على البيع كثير في الاخبار .

و اما دعوى كونه مجازاً فيدفعها مضافا إلى أولوية الاشتراك المعنوى و إلى ان المتبادر من قوله شرط على نفسه كذا ليس الامجرد الالتزام استدلال (الامام عليه السلام) بالنبوى (المؤمنون عند شروطهم) فيما تقدم من الخبر الذى اطلق فيه الشرط على النذر أوالعهد ومعذلك فلاحجية فيمافي(القاموس) مع تفرده به ولعله لم يلتفت إلى الاستعمالات التى ذكرناها و الا لذكرها ولو بعنوان يشعر بمجازيتها انتهى .

و فيه ان ما استظهره من (القاموس) هو الحق و ليس غرضه ان الالزام من حيث هو معنى للشرط غاية الامر ان معناه هو الالزام الخاص بل المستفاد منه انما هو عدم صحة اطلاقه على الابتدائى .

و بالجملة محصل ما افاده (شيخنا قدس سره) ان الالزام معنى ابتدائى للشرط ولا يعتبر فيه ان يكون في غيره و استظهر من (القاموس) الموافقة في الاول و المخالفة في الثانى و المخالفة حق و الحق مع (القاموس) ولكن الموافقة غير معلومة فلعل مذهبه ما حققناه من أن المعنى الاصلى هو الربط وانما انطبق عليه عنوان الالزام لخصوصية المقام كما هو الحال في اكثر المعانى اللغوية و ما استدل به لدعواه قاصر الدلالة اما (قوله

قضاء الله احق و شرطه أوثق) فانه من قبيل قوله تعالى [جزاء سيئة سيئة] فان اطلاق السيئة على الجزاء باعتبار مناسبته مع السيئة و هومجاز قطعاً و اطلاق الشرط على هذا الحكم الوضعي الابتدائي باعتبار وقوعه في قبال شرط الولاء للبايع فافهم و منه قول (اميرالمؤمنين عليه السلام شرط الله قبل شرطكم) .

و اما قوله ما الشرط في الحيوان فان الربط متحقق فيه حيث ان الغرض السؤال عما اعتبر في بيع الحيوان من الخيار فهو شرط شرعي لا بالمعنى المصطلح عليه كما ان خيار الشرط شرط جعلي فالشارط في المجعول المشروط له و في خيار الحيوان الشارع كخيار المجلس و اما ما ورد في بعض اخبار النكاح فاطلاق الشرط فيه من حيث اعتبار امر في النكاح و ان كان مذكوراً في غير العقد فان تحقق المعنى اللغوى ليس منوطاً بذكره في المتن و اما اعتراف صاحب (الحدائق) بالاطلاق المذكور فلا محصل له .

فالحاصل انا نقول بان استعماله في الالزام الابتدائي غلط و تبادر الالزام من قوله شرط على نفسه كذا لاينافي ذاك فان هذا لا يصح استعماله الا إذا كان في بيع و نحوه ولم ينكراحد اطلاق الشرط على الالزام في الجملة كي يستدل لابطاله بالتبادرفان التحقيق انه قديكون الربط عين الالزام ولامنافات بينهما واين الاطلاق من الاستعمال و بالجملة فالتمسك بهذا التبادر لكون الشرط حقيقة في الالزام الابتدائي من الغرائب .

و اما استدلال الامام عليه السلام فقد عرفت انّه لا شهادة فيه حيث ان المورد ليس التزاماً ابتدائياً ففى رواية (منصور بن يونس) (قلت لابى الحسن عليه السلام ان شريكا لى كانت تحته امرأة فطلقها فبانت منه فاراد مراجعتها فقالت له المرئة لا والله لا اتزوجك ابداً حتى يجعل الله لى عليك ان لا تطلقني ولا تتزوج علىّ) قال وقد فعل؟ قلت نعم جعلنى الله فداك (قال عليه السلام بئسما صنع ما كان يدرى ما يقع في قلبه بالليل والنهار) ثم قال (اما الان فقل له فليتم للمرئة شرطها فان (رسول الله صلى الله عليه وآله) قال (المؤمنون عند شروطهم) .

و انت ترى ان هذه الرواية لا تدل على وقوع الشرط في غير العقد ولو دلت فقد عرفت عدم المنافات ايضاً لتحقق الربط اللغوى فانه اعتبار في النكاح و ان تحقق

بالالتزام المستقل كالوعد فمصحح الشرطية كونه امراً ملحوظاً في النكاح لا الالتزام الوعدى أو العهدى و هل يخفى على من له ادنى انس بلغة العرب فساد قولك شرط الله الصلوة و الصيام بمعنى أوجبهما والزمهما ؟ كلا ثم كلا .

و اما ما في الدعاء « و شرطى عليك ان لا اعود في مكروهك » فهو اعتبار امر في رجوعه إلى الله لايقال ان الرجوع الكامل انماهو المشتمل على هذا العزم فهذا تحديد للرجوع و الانابة ان لم يكن مقوماً لماهيته ومحققاً لحقيقته لااعتبار امرزايد عليه خارج عنه فيه لانا نقول انه يكفي في المغايرة المتوقعة عليها الارتباط هذا المقدار فتفطن .

و تبين بما حققنا ايضاً مافيما افاده جمع من الاعلام قدس سرهم قال (فخر المحققين) في شروط البيع ان كون هذه شروطاً مجازاً لانها تابعة للعقد والعقد سبب فيها فلا يعقل كونها شروطاً له والا دار بل هذه صفات البيع تختلف الاغراض باختلافها ، انتهى .

فان الشرط بالمعنى اللغوى ما اعتبر في امر مطلقا لامايننتفي الشيء بانتفائه مع ان انتفاء الاستحقاق الذى انيط به العقد يوجب انتفاء العقد وفساده ان بنينا على اناطة ذات العقد به وان قلنا ان اعتبار الشرط لا يزداد على اعتبار الجزء فالمنوط به انما هو اللزوم و ينتفى بانتفائه .

و بالجملة فالانتفاء عند الانتفاء ايضاً متحقق في المقام والعقد انما هو سبب لانعقاد الشرط بمعنى ان ارتباط الاستحقاق بمتعلقه منشاء لتحققه وثبوته وهذا لاينافي ارتباط ذات العقد به اولزومه الاترى ان الوصف لايصلح ان يستقل بالاعتبار بل لا يعقل اعتباره الافي متعلق الانشاء ومع ذلك ينتفى ذات الانشاء بانتفاء المنوع ولزومه بانتفاء المشخص فتوقف الاعتبار على ما يعتبر الشيء فيه لاينافي اناطة ذلك الشيء بما اعتبر فيه .

الاترى ان اعتبار الطهارة في امر يتوقف عليه ومع ذلك فالطهارة شرط ينتفى ذلك الامر بانتفائها فتوقف شرط الصياغة على البيع ليس الاكتوقف الطهارة على الصلوة فان الطهارة لاتصير شرطاً الامع تحقق مشروط فالمتوقف على العقد انما هو كون الشيء شرطاً الموجب لنفوذه بالتبع و العقد يتوقف على نفس الاستحقاق لاعلى كونه شرطاً فلا دور .

الاترى ان البيع يتوقف على الثمن مع ان الثمن انما يصير ثمناً بالبيع فالبيع يتوقف على الثمن فانه ركن فيه والركن لايصير ركناً الا بالعقد فتفطن فكون الشروط صفات للبيع تختلف الاغراض باختلافها لامعنى له الا اناطة المعاملة بها بحيث لايستقر الابها والالغى الشرط لعدم حصول الغرض الابذلك .

و في (جامع المقاصد) لامحصل لهذا الكلام فانها شروط للبيع الذى هو انتقال المبيع من البايع الى المشترى لاشروط العقد وقد عرفت فيما سبق ان البيع ليس هو نفس العقد حتى لو كان نفس العقد امتنع كونها شروطاً له بل للانتقال الذى هو اثره وكيف يعقل ان هذه الشروط شروط للعقد الذى هو الايجاب والقبول ثم قوله ان هذه صفات للبيع ليس بجيد الابناء على ان البيع هو العقد وحينئذ فكونها صفات له لاينافى كونها شروطاً لاثره واما فقدها لايستلزم ارشاً فلادخل له فيما نحن فيه بل هذا ملتفت الى ان الامور المشترطة لما لم تكن داخلة في نفس مسمى البيع لم يكن بازائها شيء من الثمن لان الثمن في مقابل المبيع و اجزائه وان كان قد يزيد بوجود بعض الصفات لان زيادته على انه في مقابل المبيع ملحوظا فيه مقارنة الصفة المعينة والثمن للمبيع باعتبار المقارنة وليس في مقابل الصفة منه شيء انتهى .

ولقد اجاد حيث نفى المنافات بين كونها شروطاً وكونها صفات ولكن ما استند اليه فاسد فان الاثر تابع للسبب ولا يعقل توقف الاثر على شيء مع اطلاق السبب اللّهم الاان يكون الغرض ان الشرط ليس معتبراً في تحقق السبب فلايتوقف عليه العقد وإنما يتوقف عليه اثره فهو في مرتبة السبب ومقيد له لاانه شرط لتحققه كي يتقدم عليه في الرتبة ولكن قد عرفت في اوائل المبحث ان العقد ليس عبارة عن الايجاب و القبول وانهما محصلان له و اطلاق العقد على المركب منهما من باب تسمية السبب باسم المسبب فالبيع نفس العقد و اما الانتقال فهو الاثر المترتب عليه غالباً فانه قد يكون اثره الابراء وقد يكون أثره الانعتاق فمعنى كونها شروطاً لهذا العقد اعتبارها فيه و ارتباطها به فالانتفاء عند الانتفاء ليس من جهة الشرطية من حيث هي بل انما هو من جهة خصوصية في الاشتراط فان اعتبار الطهارة في الصلوة على نحو خاص هو اناطتها به فالانتفاء عند الانتفاء انما هو للعلية

التى هى نحو من انحاء الارتباط لا ان هذا النحو من العلية الذى هو نحو ربط محقق للشرطية العرفية و ان كان في الاصطلاح كذلك

وفي (الجواهر) بعد نقل هذا الكلام : وفيه ان كونها شروطاً لاثر العقد مستلزم للتعليق المنافى لسببية العقد اللهم الا ان يريد كون الشرط ملك المشروط وهوامر مقارن لاثر العقد يحصل معه بحصوله فليس من التعليق المنافي لكن فيه ان ذلك حكم الشرط المستفاد من قوله عليه السلام « المؤمنون عند شروطهم » لانفس الشرط ضرورة كون الفعل المشترط لاملكه وارتكاب هذا التجوزمع انه خلاف قصد المتعاملين ليس باولى من ارادة الالزام من الاشتراط كما هو معناه لغة واليه اومأ الفخر و مراده ان العقد اذا صار سبباً في لزومه لم يعقل كونه شرطاً له ولو لتأثيره الذى ذكره (المحقق الثانى) .

على ان المرجع في تأثير العقد الادلة الشرعية التى دلت على تسبيبه فلايعقل اشتراط حصول اثره بشيء من غير الشارع و ادلة الشروط قاصرة عن افادة ذلك بل هى ظاهرة في ارادة ان كل مايلتزمه المؤمنون في عقد من العقود اللازمة يلتزم به رداً على ما عن بعض العامة من بطلان الشرط في العقد خاصة و هو مع العقد كما سمعته من (ابى حنيفة و ابن ابى ليلى) انتهى

وقد عرفت مافيه فان معنى كونها شروطاً للاثر تقييد السبب بها بحيث تدخل في سلسلة العلة فالاثر مستند اليها كاستناده الى العقد لكن العقد مقتضى و هى شروط و ليس هذا من التعليق المبطل وسيتضح الحال في التعليق انشاء الله تعالى و ان كل تعليق ليس قادحا في الانشاء وماوجه به كلامه من ان الشرط ملك المشروط بمكان من الوهن و السقوط حيث ان العقد انما يرتبط بمااشترط به و مرجع هذاالارتباطملك المشروط له على المشروطعليه ما اشترطلاان الملك نفس الشرط كماان العوض في بيع الكتاب بالدينار الكلى هوالدينار واستحقاق البايع على المشترى واشتغال ذمة المشترى من آثار الثمنية و البدلية لاان العوض و الثمن نفس الاستحقاق ولا فرق بين الثمن و الشرط المعتبر معه مثلا من هذه الحيثية .

و اما مااستدركه بقوله لكن فيه ان ذلك حكم الشرط الخ فهو و ان كان حقاً

من حيث رجوعه الى ماحققناه من الفرق بين الشرط و اثر الاشتراط الاان الاستناد في حصول الملك بالشرط الى الحديث في غير محله لماعرفت من انه مقتضى ذات الاشتراط بحسب العرف وافتقاره كنفس المعاملات الى الامضاء لاربط له بالمقام .

ومنه يظهر ما في قوله مع انه خلاف قصد المتعاملين الخ فان هذا الاثر مقصودلهما الاانه ليس معنى الشرط فمراد القائل (بعتك الكتاب بدينار على ان تصوغ لى خاتماً) انى قابلت الكتاب بالدينار المقترن بهذا الفعل و مقتضى قصد مقابلة الكتاب بالدينار الكلى اشتغال ذمة المشترى به كما ان مقتضى اشتراط الفعل معه استحقاقه عليهفاشتغال الذمة بالدين والحق وان لم يكن عين الثمن و المقصود منه الاانه لازم لقصد الثمن فالبايع انمايقصد بهذه المعاملة ان يستحق على المشترى الامرين كماانه اذا باع الكتاب بالدينار الشخصى يقصد ملكه اياه وان لم يكن الثمن نفس الملك بل انما هو المملوك نعم تحقق الاستحقاق لايتوقف على قصد آخر غير قصد الشرطية بل مرجع قصد كون هذا شرطاً الى قصد الاستحقاق ولا يعقل انفكاك احدهما عن الاخر .

و بالجملة فملك المشروط له على المشروط عليه الشرط ليس مما يمكن انفكاكه عن الشرطية بلهولازم بين بالمعنى الاخص لكون الشيء شرطاً مقصود للمتعاملين قطعاً واما قوله ان معناه الالزام فقدعرفت فساده آنفاً فتدبر .

و اما ما اعان به (الفخر قدس سره) و بين به مراده من ان العقد اذا صار سبباً في لزومه لم يعقل كونه شرطاً ولو لتأثيره الذى ذكره (المحقق الثانى) ففيه ان سببية العقد للزومه انما هو لما عرفت من انه ملحوظ بلحاظ التبعية فلابد له من متبوع يتبعه وامر يعتبر فيه ، فهو بهذا الاعتبار لايصلح للاستقلال ومن المعلوم ان ثبوت الحق لابدله من سبب و الحق التابع للثمن سببه البيع مثلا وهذا لاينافي كونه شرطاً في العقد بمعنى انه اعتبار فيه وربط امر به مع ان الانتفاء عند الانتفاء ايضاً متصور في المقام كما عرفت .

و بالجملة فليس الغرض من كون شيء شرطاً في العقد انه ممايتوقف عليه العقد مثل العربية وتقدم الايجاب على القبول بل المقصود ان نسبة ما اعتبر في العقدالى العقد نسبة

الشرط الى المقتضى فالاثر يتوقف عليهما وبعبارة اخرى الثمن الذى هو ركن في البيع وجزء ومقوم له انما يصير كذلك بالشرط فالشرط متمم لاحد الركنين وهذا معنى شرطيته فللعقد ركن هو الثمن والمثمن وشرط هو العتق والصياغة مثلا فنفس العقد مقتضى للاثر وهذا الاعتبار متمم له باعتبار المتعاقدين فانهما حيث اعتبراه فيه اناطا اثره به اى وقع التراضى منهما على هذا النحو ومقتضى تبعية العقود للقصود نفوذ هذا الاعتبار .

ومن هنا يتبين ما في قوله على ان المرجع في تأثير العقد الادلة الشرعية الخ فان هذا ليس شرطاً في التأثير كى لا يتعقل تصرف المتعاقدين فيه بل انما هو اعتبار في العقد المؤثر الذى يتبع في الاطلاق والتقييد لقصد المتعاقدين .

و ان شئت قلت الشرط على قسمين قسم هو داخل في الاحكام كالعربية وتقديم الايجاب والاتصال وهذا النوع لا يعقل اناطته باعتبار المتعاقدين بل المرجع فيه ا ماهو الشرع تاسيساً او امضاء وقسم هو داخل في الموضوع ملحوظ فيه متقدم على القسم الاول رتبة فهذا لا مرجع فيه الا المتعاملين ، نعم لا بدان يكون على الموازين المقررة في المعاملة وعدم مخالفته لما هو المتعارف فيها فكما ان مقدار الثمن والمثمن وتعيينهما نوعا وشخصاً وصنفاً انما هو باختيارهما فكذا سائر الاعتبارات كالكلية والجزئية والتأجيل والتعجيل و الجودة و البكارة و الاقتران بالاستحقاق لامر خارج و عدمه .

و كما ان الوصف المشخص شرط للزوم والممنوع للصحة و النفوذ وانما يناط بهما العقد و يتوقف لزومه اوصحته عليهما بجعل المتعاقدين فكذا اعتبار حق في احد الطرفين انما اعتبر في العقد وانيط به باختيارهما فكون العقد مؤثراً مع قطع النظر عن هذا الاعتبار وتوقفه عليه منوط بنظر المتعاقدين وليس هذا من قبيل الاحكام كاعتبار الماضوية كى لا يكون فيه مرجع الا الشارع فهذه الاناطة مؤدى الاشتراط وحيث ما كان على حسب الموازين العرفية لم يتوقف نفوذه على دليل مستقل سوى ادلة صحة اصل المعاملة .

فمن الغريب قوله وادلة الشروط قاصرة عن افادة ذلك الخ فان الارتباط يحصل مع قطع النظر عنها فكيف وهى تنادى بذلك باعلى صوتها وليس مفادها مجرد الحكم التكليفى كما عرفت ، وبما مرتبين بقية ما في كلامه كما فيما افاده (شيخنا قدس سره)

حيث قال بعد ماذكر المعنى الاول للشرط .

الثانى مايلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود اولا وهو بهذا المعنى اسم جامد لامصدر فليس فعلا لاحد واشتقاق المشروط منه ليس على الاصل كالشارط ولذاليسا بمتضائفين في الفعل والانفعال بل الشارط هو الجاعل والمشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب فعلم من ذلك ان الشرط في المعنيين نظير الامر بمعى المصدر و بمعنى الشيء انتهى .

فانك قد عرفت أن الشرط ما يرتبط بشيء مطلقا ، غاية الامر ان اناطة شيء بآخر ايضا نحو ارتباط والشرط المصطلح من جهة ارتباطه بالعلة اى المقتضي في مرحلة العلّية و توقف كونه في هذه المرحلة على المقتضى واناطته به يطلق عليه الشرط الاترى ان لصوق النار بالثوب من حيث هو ليس في سلسلة علة الاحراق وانما الفاعل هو النار غاية الامر ان الاثر لايصل اليه الا في هذا الحال فليس اطلاق الشرط على هذا المعنى الخاص الا بهذا الاعتبار .

و اما اطلاقه على العلة التامة فلوصح فانما هو من جهة اعتبارها في وجود المعلول و ارتباطه به ولاتعتبر التبعية في مفهوم الشرطية وان كان متبادراً عند الاطلاق ولايخفى ان المشروط ليس مشتقا من هذا الجامد بل من شرط يشرط بمعنى ربط يقال شرطت السرير بالشريطة وهو على وفق القواعد حيث ان المربوط و ان كان نفس الشرط حيث انه هو الذى صار تابعا لما اشترط به في مرحلة من المراحل الا ان ارتباط المعلول لما كان اجل و اعظم والشرط مطلق الربط فالمعلول هو المربوط و بالتأمل فيما حققناه يتبين ما في بقية كلامه زاد الله فى علو مقامه .

واذقد تحققت حقيقة الشرط و تبين موارد استعماله والمناط فيه فاعلم ان مقتضى جعل الحق استحقاق المطالبة والالزام بالوفاء ووجوبه على المشروط عليه وفساد العقد بفساده فان ارتباط استحقاق بايع الكتاب بدينار على المشترى صياغة الخاتم لامعنى له الاكونه متمماً للثمن .

لااقول انه جزء منه و يوزع عليه المبيع بل انما هو امر ملحوظ فيه تبعاً له دخل

في مقابلة الكتاب به و هذه التبعية اشد من تبعية الجزء التى قد مرت اليها الاشارة ولاجل هذه المدخلية يفسد العقد بفساده ويثبت الخيار بترك الوفاء به اما الاول فلان انتقال الكتاب الى المشترى لم يكن مطلقا بل على ان يملك البايع الدينار مع استحقاق الصياغة فعدم استحقاق الصياغة لوفرض كعدم ملك الثمن كما لوكان خمراً مفسد للعقد و اما الثانى فلان حكم الامتناع عما هو مكمل للثمن وله دخل في ثمنيته كالامتناع من دفعه ومن المعلوم ان الامتناع من دفع الثمن لايورث الفساد .

و بهذا يظهر ما فيما اختاره (اول الشهيدين قدس سرهما) من انحصار اثر الشرط في ثبوت السبيل للمشروط له على تقدير ترك الوفاء فان استحقاق الالزام بالوفاء والمطالبة فيه اظهر فانه كالدين في كونه حقاً ثابتاً في الذمة وقد حققنا سابقا ان الاستحقاق الشديد هو الدين والضعيف هو الحق المقابل للدين وهو بالمعنى العام شامل لهما فهما مشتركان في الحقيقة مختلفان في المرتبة .

فظهر انه لاحاجة في ترتب وجوب الوفاء و استحقاق الالزام على الشرط الى الاستدلال بدليل الشروط بعدما فرض ان محصله جعل الحق ومجرد التعبير عنه بالشرط لايورث الشك في احكامه ، غاية الامر ان الحق لارتباطه بغيره واعتباره فيه صار شرطاً فتفطن .

فالنسبة بينهما عموم من وجه وفي المقام تصادقا فاجتمع الاثران فاثر الشرطية فساد العقد بفساده وثبوت الخيار على تقدير ترك الوفاء على رأى واثر الحقية وجوب الوفاء و استحقاق المطالبة و الالزام والسقوط بالاسقاط و اثر التبعية الشديدة عدم توزع ما يوزع على اجزاء ما اشترط به عليه وكونه بمنزلة الجزء من احد العوضين باعتبار آخر مرت الاشارة اليه .

قال في (اللمعة) لايجب على المشروط عليه فعل الشرط وانما فائدته جعل العقد عرضة للزوال وعن بعض تحقيقاته ان الشرط الواقع في العقد اللازم ان كان العقد كافياً في تحققه ولا يحتاج بعده الى صيغة فهو لازم لايجوز الاخلال به كشرط الوكالة وان احتاج بعده الى امر آخر وراء ما ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم بل يقلب العقد اللازم

جايزاً وجعل السر فيه ان اشتراط ما في العقد كاف في تحققه كجزء من الايجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز واشتراط ما سيوجد امر منفصل عن العقد وقد علق عليه العقد والمعلق على الممكن ممكن وهو معنى قلب اللازم جايزاً انتهى .

وهذا الكلام من الضعف بمكان ، فان ما يكفى العقد في تحققه ان كان نتيجة فاشتراطه غلط لامعنى له فان المفروض انه غير معقول وان كان سبباً فالغرض من لزومه حصول استحقاق ايجاده ولاينا في استحقاق الشيء عدم تحققه فما سيوجد وان كان امراً ممكناً منفصلا عن العقد الاان العقد لم يعلق عليه بل ارتبط استحقاقه بالعقد واعتبر في احد الجانبين لئلا يحتاج الى انشاء مستقل كالصلح .

الاترى ان صياغة الخاتم امر ممكن منفصل عن العقد و يكفى العقد في تحقق استحقاقها ولا يحتاج الى صيغة فعدم حصول متعلق الشرط لاينافي حصول اثره وهو الاستحقاق وغرضه من التعليق ان لزوم العقد معلق عليه كما في الوصف المشخص وليس هذا التعليق قادحاً في العقد منافياً للانشاء ، و سنحقق الحال في التعليق انشاء الله تعالى .

فظهر ما فيما افاده (شيخنا قدس سره) حيث قال ثم ان ماذكره (الشهيد قدس سره) من ان اشتراط ماسيوجد امر منفصل وقد علق عليه العقد الخ .

لايخلو عن نظر انحاصله ان الشرط قدعلق عليه العقد في الحقيقة وان كان لاتعليق صورة فحاصل قوله (بعتك هذا العبد على ان تعتقه) ان الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق فاذالم يلتزم بالاعتاق لم يجب على المشروط له الا الالتزام بالمعاوضة وفيه مع ان المعروف بينهم ان الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضين وان مقتضى القاعدة اللفظية في العقد المشروط لايقتضى هذا المعنى ايضاً وان رجوعه الى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد وان لم يكن في صورة التعليق ان لازم هذا الكلام اعنى دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لاانقلابه جائزاً انتهى فان التعليق بهذا المعنى لاينا في الجزم كما في اشتراط البكارة وليس كل تعليق موجباً لارتفاع العقد بارتفاع ماعلق عليه فانك قد عرفت ان التعليق والربط قديكون في ذات الانشاء كما هو الحال في الشرط الراجع الى الوصف الممنوع وقد يكون في لزومه كما

في الوصف المشخص الراجع اليه الشرط في بعض المقامات فشيء مما اورده عليه من المنافات للجزم واستلزام الفساد عند فقد الشرط لايرد عليه قدس سره .

و مما حققناه تبين ما في كثير مما افاده (شيخنا قدس سره) في هذا المقام فلاحظ وتدبر واعلم ان كلمات الاصحاب (قدس سرهم) فى استحقاق الاجبار على الشرط في غاية الاضطراب فاعترف جماعة بما حققناه من ثبوت الاستحقاق وانكره آخرون وتردد فيه بعضهم مع ان المعروف بينهم كما ادعاه (شيخنا قدس سره) انه بمنزلة الجزء من احد العوضين ولا وجه للتأمل فى استحقاق الاجبار على الوفاء لمن اعترف بانه كذلك .

الا ترى ان وجوب اداء الثمن اذا كان كلّياً لايحتاج الى دليل بعدثبوت صحة العقدونفوذه المستتبع لاشتغال ذمة المشترى بالثمن بل هذا الحكم اولى من وجوب الوفاء الذى اعترف به كثير ممن انكر الالتزام او تردد فيه فان هذه جهة وضعية لازمة لحقية الحق لزوماً بيناً بالمعنى الاخص والحكم التكليفى لزومه بين بالمعنى الاعم بل المدلول الاوّلى لقوله تعالى [اوفوا بالعقود] على تقدير تمامية الدلالة ايضاً هو الحكم الوضعى وليس المستفاد من الامر في كل مقام الوجوب بل قديستفاد منه الحجية كما هو الحال في الامر بالعمل بالطرق فان قولك اعمل بقول فلان واقبله ولاتردّه كقولك اسلك السبيل الفلانى لايدل على حكم تكليفى بالضرورة و كذا الحال في الامر بالوفاء بالعقود ، فانه انما يدل على تنفيذها الاعلى ثبوت حكم تكليفى متعلق بها ولهذا فمن لم يعامل مع البيع معاملة الصحة بل لوامتنع البايع مثلا من دفع المبيع لايستحق العقاب الاعلى الظلم ولااثر لمخالفة الامر بالوفاء من حيث هو حتى على القول بتبعية الوضعية للتكليفية وهكذا الحال في (قوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم) ومن جهة جمود جماعة على ما صار مركوزاً في اذهانهم من ان الامر للوجوب استفادوا من هذه الاوامر الحكم التكليفى فوقعوا فيما وقعوا .

و يوافق ماحققناه ما في (جامع المقاصد) قال و اعلم ان في اجبار المشترى على الاعتاق وجهين احدهما العدم لان للبايع طريقاً آخر و هو الفسخ والثانى له ذلك بظاهر قوله تعالى [اوفوا بالعقود] (و المؤمنون عند شروطهم الامن عصى الله) و هو

الاوجه انتهى .

فلقد اجاد حيث استدل بظاهرى الآية و الرواية على استحقاق الاجبار فان هذا لا يتم بناء على استفادة الحكم التكليفي فقط منهما حيث انه لاملازمة بين وجوب الوفاء وثبوت الاستحقاق فلاسبيل الى الاستفادة الاان يكون مفادهما تنفيذ العقود و الشروط ويستفاد هذا من (المسالك) ايضاً .

وفي (التذكرة) في فروع العبد المشترط عتقه: اذا اعتقه المشترى فقد وفى بماوجب عليه الى ان قال وان امتنع اجبر عليه ان قلنا انه حق لله تعالى وان قلنا انه حق للبايع لم يجبر كما في شرط الرهن والكفيل لكن يتخير البايع في الفسخ بعد عدم سلامة ماشرط الى ان قال والاولى عندي الاجبار في شرط الرهن والكفيل لو امتنع كما لو شرط تسليم الثمن معجلا فاهمل انتهى فاعترف اخيراً بعدم ابتناء استحقاق الاجبار على كونه حقاً لله بل لوكان ممحضاً للمشترى ايضاً يجبر عليه وهذا هو الحق الذى لامحيص عنه .

ومن الغريب ماصدر عن الصيمرى في (غاية المرام) حيث قال لاخلاف بين علمائنا في جواز اشتراط العتق لانه غير مخالف للكتاب والسنة فيجب الوفاء به قال وهل يكون حقاً لله تعالى اوللعبد او للبايع يحتمل الاول الى ان قال ويحتمل الثالث وهو مذهب (العلامة) في (القواعد) و (التحرير) لانه استقرب فيهما عدم اجبار المشترى على العتق و هو يدل على انه حق للبايع انتهى فانك قد عرفت من (العلامه قدس سره) ان الابتناء عنده فاسد حيث اختار الاجبار فيما لايحتمل كونه حقاً لله تعالى بل لغير المشترى مطلقا كالرهن والكفيل فلعل مافي (القواعد) و (التحرير) مبنى على وجه آخر .

والانصاف ان الابتناء وانحصار المبنى يظهر من (التذكرة) ايضاً فتفطن ، لكن هذا الابتناء لايكاد ان يكون له محصل حيث ان استحقاق المشترى اولى بجواز الاجبار كما عرفت فان حق الله لاوجه للاجبار عليه الامن باب الامر بالمعروف بخلاف حق الناس فان ذا الحق انما يجبر من هو عليه على الوفاء استحقاقا والامر بالمعروف امر وراء ذلك .

وقال بعد الكلام المتقدم: وعلى القول بانه حق لله يكون المطالبة للحاكم ويجبره مع الامتناع ولا يسقط باسقاط البايع وعلى القول بكونه للبايع يكون المطالبة له ويسقط

باسقاطه ولا يجبر المشترى ومع الامتناع يتخير المشترى بين الامضاء والفسخ وعلى القول بانه للعبد يكون هو المطالب بالعتق و مع الامتناع يرفعه الى الحاكم ليجبره على ذلك انتهى .

وانت خبير بان حق الله لامعنى له الا التكليف والمطالبة بالامتثال لااختصاص لها بالحاكم بل الامر بالمعروف تكليف مشترك ومع اعترافه بان للبايع الاسقاط على الوجه الاخر وان له المطالبة كيف يتعقل ان لا يكون له الاجبار وما الفرق بينه وبين حق العبد حيث ان للعبد الاجبار ولعله من جهة توهم ان الخيار لا يتصور بالنسبة الى غير المشترى فصار اثر الشرط له ذلك بخلاف المشترى ولكن قد عرفت ان استحقاق الاجبار من لوازم الاستحقاق ومجرد امكان ثبوت الخيار لا يرفعه بل هو على تقدير الالتزام به انما يثبت بعد تعذر الاجبار .

بل نقول ان الحق بالنسبة الى الله تعالى غير معقول بالمعنى المذكور و التعبير عن التكليف بالاستحقاق مبنى على التوسع فلو نفى الاجبار على القول بانه حق الله تعالى اى مجرد تكليف واثبت على القول بانه حق آدمى من غير فرق بين المشترى و غيره كان اولى .

بل التحقيق ان هذا المبنى لامحصل له حيث ان اشتراط البايع مثلا عتق العبد المبيع على المشترى في البيع لامعنى له الا اعتبار الاعتاق في الثمن فالمقابلة بين العبد و بين الدينار المتكيف بهذه الكيفية اى الاستحقاق ولهذا فالمشروط له هو البايع والمشروط عليه هو المشترى وكما لا يعقل عود الثمن الى غير من له المبيع بالمبادلة فكذا ما هو بمنزلة جزء منه فاستحقاق الله عتق العبد باشتراط البايع لامعنى له بل العبد ايضاً لا يعقل ان يكون مستحقاً حيث ان هذا الاستحقاق في مقابلة المبيع ، المفرض انه ملك للبايع وعود الفائدة الى العبد بل انحصار الغرض في الارفاق بحاله لا يجعله حقاً له كما اذا شرط البايع على المشترى خدمة الحرم او خدمة زيد فانه يسقط باسقاط البايع وليس للحاكم ان يطالبه بها على الاول اذا اسقطه البايع كما انه ليس لزيد ذلك على الثانى .

فالبايع يستحق على المشترى خدمة زيد لا ان الله تعالى يستحقه او زيد اترى

ان البايع لواشترط على المشتري ان يعطى فلانا ديناراً فاسقطه عنه لم يسقط وكان لهذا الاجنبي المطالبة بالدينار؟ كلا ان هذا كلام من لا يطلع على واضحات الشريعة فضلا عن دقايقها و اسرارها ولا يتوهم احد ان الاستيجار للعبادة أثره اثبات حق لله على الموجر لا المستأجر مع ان السبب الموهم قائم هنا ايضاً ومحصل المرام ان هذا النوع من الشرط الذي مرجعه إلى جعل الحق للمشروط له على المشروط عليه قد تصادق فيه العنوانان الشرط والحق فمن الجهة الثانية يسقط بالاسقاط ويجب الوفاء به وللمشروط له المطالبة والاجبار على الوفاء ومن الجهة الاولى يفسد العقد بفساده ويثبت الخيار عند الامتناع مع تعذر الاجبار ولا يوزع عليه احد العوضين فقد اتضح الحال فيما يتعلق بالجهة الثانية والسقوط بالاسقاط و ان لم نتعرض له بالخصوص الا انه بعد تبين ثبوت الحق بالشرط من الواضحات .

وقد يتوهم في شرط العتق انه حق لله تعالى فلا يسقط بالاسقاط و هو كتوهم كونه حقاً للعبد او للجميع قد اتضح فساده ، ففي (التذكرة) الاقوى عندي ان العتق المشروط اجتمع فيه حقوق : حق لله ، و حق للبايع ، و حق آخر للعبد ، و استقرب مطالبة العبد بالعتق لو امتنع المشتري و في (الايضاح) الاقوى انه حق للبايع ولله تعالى فلا يسقط بالاسقاط انتهى ، وفي (الدروس) لواسقط البايع الشرط جاز الا العتق لتعلق حق العبد وحق الله به انتهى ، وفي (جامع المقاصد) ان التحقيق ان العتق فيه معنى القربة والعبادة و هو حق الله تعالى و زوال الحجر وهو حق العبد و فوات المالية على الوجه المخصوص للقربة وهو حق للبايع انتهى .

وهذه الكلمات من هؤلاء الاعلام في غاية الغرابة فانه لامعنى لشرط احد المتبايعين في بيعه شيئاً على آخر يملكه غير المشروط له ، ومجرد اعتبار القربة في شيء لايجعله حقاً لله تعالى كما ان مجرد عود الفائدة الى شخص لايجعله حقاً له فهل يتوهم احد ان من استأجر شخصاً لعبادة فأبرءه منها لم ينفذ الابراء من جهة ان العبادة حق لله تعالى وان من شرط على غيره لزيد درهما فلا يستحق ابرائه و لزيد ان يطالبه؟ كلا ثم كلا .

بقي الكلام فيما يتعلق بالجهة الاولى اما افساد الفاسد فوجهه ماعرفت من ان

مااعتبر فيه انما يكون معنونا بعنوانه بهذا الشرط و بانتفاء العنوان يبطل العقد مثلا اذا اشترط بايع الكتاب بدينار على المشترى صياغة خاتم فقد اعتبر في ثمنية الدينار صياغة الخاتم و من المعلوم ان العقود تابعة للقصود فالدينار المجرد عن صياغة الخاتم في نظره كالدرهم ليس ثمناً لكتابه فعدم استحقاق الشرط ليس الا كعدم استحقاق الثمن فكما يبطل العقد رأساً من غير اشكال اذا ظهر كون احد العوضين مما لا يملك فكذافي صورة فساد الشرط وعدم تملك المشروط له للشرط لاشتراك المناط في الافساد وحيث ان الدينار انما يكون ثمناً بشرط الاقتران بالصياغة فالثمن هو المقيد فكما ان عدم تملك نفس الدينار يوجب فساد العقد لعدم حصول المقابلة بينه و بين المبيع فكذا عدم تملك الفعل الموجب لانتفاء القيد الذى هو في حكم انتفاء المقيد .

و ما حققناه مختار آية الله وولده (والشهيدين) وثانى (المحققين) وجماعة وذهب (الشيخ) و(الاسكافى) وجماعة الى خلافه ولا بد اولا من تحرير محل النزاع فالذى يظهر من الجواهر أن النزاع في تأسيس الاصل في الشبهة الموضوعية واما الحكم الكلى فلا كلام فيه فانه ان علم ان نظر المتبايعين في هذا الشرط الى اناطة العقد به بحيث ينتفى بانتفائه او انه ليس غرضهما الا مجرد الالزام والالتزام فلا اشكال في الافساد بالفساد في الاول كما انه لا اشكال في العدم في الثانى ومن المعلوم ان الواقع لا يخلو من امرين لان الربط له مراتب فالشديد منه يترتب عليه الانتفاء عند الانتفاء كالوصف المنوع والضعيف انما ينتفى بانتفائه صفة من الصفات كاللزوم كما هو الحال في الوصف المشخص والشرط في الواقع لا يخلو عن الحالين .

لا اقول ان الانتفاء عند الانتفاء اما ان يكون مقصوداً واما ان يكون المقصود خلافه حتى يقال ان هنا وجهاً ثالثاً وهو الذهول عنهما معاً بل اقول ان كلا من مرتبتى الربط تستتبع اثره و لا بد للمتعاقدين من ان يكون مقصودهما احديهما على التعيين فتفطن .

وعلى هذا فلا معنى لتأسيس الاصل الا للشبهة الموضوعية اى مالم يعلم قصد المتعاقدين فان عدم قصدهما لواحد منهما غير معقول، قال قدس سره وقد يستفاد من مجموع ماذكرنا خصوصاً ماسمعته في الرد على مافى (جامع المقاصد) انه ينبغى ان يكون النزاع في الشرط المطلق اما اذا علم ارادة مجرد الالزام به من غير تعليق فلا اشكال في عدم اقتضاء

فساده فساد العقد كما انه لااشكال في اقتضائه ذلك اذاعلم ارادة تعليق الصحة على ملكه على النحو الذى سمعته من (ثانى المحققين) لوسلمنا صحته بل التحقيق عدمها فمحل البحث في الشرط المطلق الذى لم يعلم ارادة المشروط منه احد الامرين ولا كان في العبارة دلالة على احدهما انتهى، فهذه العبارة صريحة في ان النزاع انما هوفي الاصل الجارى في الشبهة الموضوعية ومع ذلك استدل لما اختاره من الصحة بالعمومات ومازعمه من انه محل النزاع كدليله من الوهن بمكان على ما سيتضح انشاء الله تعالى .

وهل النزاع في ثبوت حكم في الشرع على خلاف الاصل بعد التسالم فيه وانه يقتضى الفساد اوالصحة اوفي الاصل والاستدلال بالاخبار لاستكشاف مايقتضيه ذات الاشتراط والا فالتعبد بخلاف مايقصده المتبايعان غير معقول او ان النزاع في كل من المقامين وجوه وكيف كان فقد عرفت ان حقيقة الاشتراط في حد ذاتها تقتضى فساد العقد بفساده ولا يعقل التعبد بخلافه ولا دلالة فيما استدلوا به لمرامهم .

اما انه غيرمعقول بمعنى انه لا يمكن ان ينطبق على ما هوالمعهود من طريقة الشارع فمما لا يخفى على من له ادنى انس بالدين فهل يعقل ان تتزوج هند بزيد والشارع يمضى النكاح ولكن بالنسبة الى عمرو او يبيع حماره عمرواً بدينار ويمضى الشارع البيع ولكن بالنسبة الى داره لبكر بدرهم فان زعمت ان مثل هذا ممكن عقلا فامتناعه في الشريعة بمعنى اباء الشرع من مثله مما لاريب فيه ولوخفى هذا عليك والعياذ بالله فاثبات مثل هذا الحكم المخالف لقواعد الدين والمذهب يحتاج الى دليل في غاية القوة ولا يثبت بما ثبت به غيره والتفكيك بين المطالب في الثبوت بالدليل المعتبر وعدمه مما جرت عليه طريقة اساطين الفن كما لا يخفى على المتتبع و لبيان سره محل آخر .

و استدلوا بوجوه : منها ان لزوم الشرط وصحته فرع على صحة البيع فلو كانت موقوفة على صحته لزم الدور وقد ظهر جوابه مما حققناه وليت شعرى كيف لم يستشكل من هذه الجهة في فساد العقد بظهور احد العوضين مما لا يملك فان صيرورة الثمن ثمناً و استحقاق البايع اياه يتوقف على صحة العقد مع أن صحة العقد متوقفة على صيرورته ثمناً بان لا يكون مما لا يملك واى فرق بين هذا و بين الشرط المتوقف نفوذه على العقد

مع توقف صحة العقد على صحته وعدم فساده وعن (المهذب البارع) مايؤول الى ما حققناه وهو ان الشرط ليس شرطاً في الحقيقة لصحة البيع حتى يلزم الدور بل هو من صفات البيع فما كان منها سائغاً داخلا تحت القدرة لزم باشتراطه في العقد كما لو شرط صفة كمال في المبيع و ان لم يكن سائغاً بطل العقد لا من حيث فوات شرطه بل من حيث وقوع الرضا عليه و شروط الصحة انما هى الامور المذكورة في اوائل الكتاب ككمال المتعاقدين و نحو ذلك انتهى .

ومنها ان مدخلية الشرط في التراضي لاتزيد على مدخلية الثمن والمثمن و بطلان العقد في ابعاضهما لايسرى الى بطلان الآخر حتى فيما لو كانت الهيئة الاجتماعية مطلوبة وملاحظة ، بل اقصاه ثبوت الخيار للتضرر ولا بأس بالتزامه هنا مع الجهل بالفساد بل لعل القائلين ببطلان الشرط خاصة يلتزمون بذلك و ان لم يصرحوا بذلك و لعله لمعلوميته .

وفيه ماعرفت من ان الشرط من جهة انه ليس ملحوظاً في عرض ساير الاجزاء كما هو مقتضى الشرطيّة بل انما هو اعتبار في أحد العوضين بحيث لايكون المشروط فيه عوضاً إلّا معه ، ينتفى العوض بانتفائه . و من المعلوم أن انتفاء أحد العوضين رأساً كما لو كان مما لايملك يورث فساد العقد ولافرق بين انتفاء ذات العوض او العنوان المعتبر في عوضيته وهذا بخلاف الاجزاء فان كل واحد منها ملحوظ مستقلا و لهذا يوزع كل من العوضين عليها ولا يوزع على الشرط على ماسيأتى انشاء الله تعالى فلايعتبر في مقابلة جزء احد العوضين لجزء الاخر انضمام ساير الاجزاء بخلاف الشرط فان المشروط مع قطع النظر عنه لايقابل بشيء .

نعم لو كان الاجتماع ملحوظاً في المعاملة بحيث لايتحقق الرضا مع انتفائه اوجب بتبعض الصفقة الفساد لفساد الشرط لاالخيار وقد صرح بذلك بعض الاصحاب فتعميم الحكم بعدم الفساد الى صورة ملاحظة الهيئة الاجتماعية فاسد و اما الخيار فلم يقل به احد و سيتضح انه لاوجه له انشاء الله تعالى .

ومنها ان ربط الانشاء بما ينتفى بانتفائه مع عدم حصوله حال الانشاء تعليق مبطل فليس مفاد الشرط ذلك، بل انما هو مجرد الالزام وفيه ماعرفت من انه من قبيل

الوصف المقوم بل من قبيل ارتباط العقد باحد العوضين المتأخر تسليمه و ليس اعتبار الصياغة الغير الحاصلة حال العقد في ثمن الكتاب في تأخر الحصول وارتباط الانشاء به وتوقف تأثيره عليه الا كاعتبار الثمن ديناراً كلياً مؤجلا وسيزداد اتضاحا انشاءالله تعالى في تحقيق حال الخيار المشروط بردالثمن انشاء الله تعالى .

ومنها الاخبار الكثيرة الدالة على عدم تأثير فساد الشرط في فساد العقد :

منها صحيح (الحلبي) الذى رواه المشايخ الثلاثة عن(ابى عبدالله عليه السلام ان بريرة كانت عند زوج لها و هي مملوكة فاشترتها عايشة فاعتقتهافخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وقال ان شائت تقر عند زوجها وان شائت فارقته وكان مواليها الذين باعوها شرطوا على عايشة ان لهم ولائها) فقال (رسول الله صلى الله عليه وآله الولاء لمن اعتق) دلت على صحة البيع لتوقف الانعتاق على الملك المترتب عليه وعدم نفوذ الشرط .

وفيه ان وقوع الشرط في البيع غير معلوم ولعله متقدم اومتأخر ومن المعلوم انه لايعتبر في صدق الشرطية الوقوع في العقد روى (ابن شبرمة) في حديث محمد بن سليمان الذهلى عن مسعر بن محارب بن زياد عن جابر بن عبدالله قال ابتاع النبى صلى الله عليه وآله منى بعيراً بمكة فلما نقد في الثمن شرطت ان يحملنى الى المدينة وهى صريحه في استعمال الشرط في المتأخر مع ان الاحتمال يكفى في فساد الاستدلال .

ومنها صحيحة (محمد بن قيس) عن (ابى جعفر عليه السلام فيمن تزوج امرأة واشترطت عليه ان بيدها الجماع و الطلاق قال خالفت السنة ووليت حقاً ليست اهلا له فقضى ان عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنة) فانها لاتدل على وقوع الشرط في العقد .

ان قلت ان ظاهرها ان عدم النفوذ انما هو لمخالفة السنة وانه لولاها لنفذ وهذا لايتم الا مع الوقوع في ضمن العقد ومافي حكمه قلت مع انه ليس من الدلالات المعتبرة بل انما هواشعاروظهوربدوى ان النفوذ الاستحبابى لايتوقف على الوقوع في ضمن العقد حيث ان الوعد يستحب الوفاء به مطلقا غاية الامرانه من جهة اعتباره فى النكاح انطبق عليه عنوان الشرط ايضاً كما يشهد به رواية (منصور بن يونس) المتقدمة الدالة على

استحباب الوفاء باشتراط عدم الطلاق و التزويج مع ان الظاهر منها تقدم الشرط حتى استفاد منه (شيخنا قدس سره) استعمال الشرط فى النذر او العهد او الوعد .

فالحاصل ان معنى الرواية ان هذا الشرط لولا مخالفته للسنة لكان الوفاء به راجحاً الا انه من هذه الجهة ساقط لااثر له وهذا المعنى يظهر بالتفقه في الروايات ولا يهتدى اليه ذوالفتنة الخامدة فيتوهم انه تأويل عليل .

واجاب في (التذكره) عن رواية (بريرة) بانه جاز ان يكون شرط الولاء في العتق فلا يبطل ببطلانه بخلاف البيع وفيه مالايخفى فان مواليها شرطوا على عايشة ان تجعل ولائها لهم اذا اعتقها فهناشرطان احدهما من الموالى على عايشة وهذا لايعقل ان يكون في العتق والاخر من عايشة على بريرة وهذا انماهو في العتق قال (ابن ابى ليلى) فيما رواه (محمد بن سليمان) حدثنى هشام بن عروة عن ابيه عن عايشة انها قالت لما اشتريت بريرة جاريتى شرط علىّ مواليها ان اجعل ولائها لهم اذا اعتقتها فجاء (النبى صلى الله عليه وآله) و قال (الولاء لمن اعتق) فهى صريحة في ان الشرط في غير العتق كما انها ظاهرة في تأخر الشرط عن البيع حيث قالت لما اشتريت شرط على مواليها فهى كرواية (منصور بن يونس) وغيرها في عدم وقوع الشرط في ضمن العقد اظهر فتدبر .

و منها مرسلة (جميل) عن احدهما عليهما السلام في الرجل يشترى الجارية و يشترط لاهلها ان لا يبيع ولا يهب ولا يورث ، قال قضى بذلك اذا اشترط لهم الا الميراث فان الحكم بوجوب الوفاء بالاولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد لايكون الامع عدم فساد العقد بفساد شرطه والجواب ان وجوب الوفاء بالاولين ان لم يكن خلاف الاجماع على ما عن الآبى من انى لم اجد عاملا بهذه الرواية فهو خلاف التحقيق حيث انه محرّم للحلال نظير اشتراط المرئة على زوجها ان لايتزوج ولا يتسرّى فان مجرد تعلق الغرض العقلائى بشىء لايجعله من الحقوق وسيأتى تحقيق تحريم الحلال انشاء الله تعالى فانه في غاية الاشكال فالمراد مجرد استحباب الوفاء بالوعد .

ومنها صحيحة (الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام) عن الشرط في الاماء لاتباع ولا توهب قال يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث و كل شرط خالف كتاب الله فهو رد، الخبر فان

قوله عليه السلام فانها تورث يدل على بقاء البيع الذى شرط فيه ان لايورث على الصحة بل يمكن ان يستفاد من قوله عليه السلام بعد ذلك كل شرط خالف كتاب الله عزوجل فهورد اى لايعمل به أن جميع ماورد في بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط لابطلان اصل البيع هكذا قرر الاستدلال .

وفيه ان الرواية لاتدل على اجتماع الشروط في عقد واحد بل انما السئوال عن هذه الشروط اذا وقعت في العقد واجاب بنفوذ الشرطين دون شرط الميراث مع ان السائل لم يسئل عن هذا الشرط فلاربط له بالمقام بل نقول لادلالة للرواية على وقوع الشرط في العقد بالتقريب المتقدم فالامام عليه السلام انما يبين استحباب الوفاء بالشرطين حيث انهما راجعان الى المشروط عليه بخلاف شرطان لايورث فانه حكم شرعى لا معنى لاشتراطه على المورث فانه ليس راجعاً اليه مع انك قدعرفت بطلانهما ايضاً فالتنفيذ انما هو بالنسبة الى استحباب الوفاء ، هذا هو الكلام في ادلة الخصم .

واستدل في (التذكرة) على المختار بان التراضى انما وقع على هذا الشرط فبدونه لاتراضى فتدخل تحت قوله تعالى [لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الاان تكون تجارة عن تراض منكم] ومرجعه الى ما حققناه وذكر الآية انما هو للتشريف والافالفساد مع عدم القصد لايحتاج الى دليل بل قد عرفت ان صحة البيع مع فساد الشرط كصحته مع فساد احد العوضين رأساً غير معقول بل لاتصلح الآية للدلالة على الفساد حيث ان حرمة الاكل انما هو في الباطل ولا معنى لكون الاكل بالباطل الاعدم الاستحقاق ولا يعقل الامع عدم المعاملة اوفسادها فالآية انما تدل على حكم متعلق بمالم تتعلق به معاملة صحيحة لا انها تدل على بطلان المعاملة لاعن تراض الاان يقال انمفادها ان كل اكل مال اكل بالباطل الامع التجارة عن تراض وهو ناش عن عدم الخبرة بقواعد العربية والاقتصار على مايترائى من الاستثناء والغفلة عن انه منقطع .

واورد عليه (شيخنا قدس سره) بمنع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفائه الى معاوضة جديدة عن تراض جديد ومجرد الارتباط لايقتضى ذلك كما اذا تبين نقص احد العوضين اوانكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع كالكتابة والصحة

وكالشروط الفاسدة في عقد النكاح فانه لاخلاف نصاً وفتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه وقد تقدم ان ظاهر هم في الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم وغيره عدم فساد العقد به و تقدم ايضاً ان ظاهرهم ان الشرط الغير المذكور في العقد لاحكم له صحيحاً كان او فاسداً انتهى .

وفيه ان المستدل يدعى ان ارتباط الشرط بما اشترط فيه ارتباط شديد يستتبع الانتفاء عند الانتفاء و اما عدم اقتضاء مجرد الربط ذلك فمن البديهيات فهل يخفى على احد ان ما ارتبط به لزوم العقد يوجب انتفائه انتفاء نفس العقد من جهة اقتضاء الربط مطلقا ذلك وان لم يكن المربوط نفس العقد كلا فهذا الجواب لاربط له بالاستدلال وقد عرفت الفرق بين الجزء والشرط فتبين أن نقص احد العوضين لايوجب الا الخيار حيث ان انضمام بعض الاجزاء ببعض لايعتبر في نظر المتعاقدين الافي حصول المقابلة بين المجموع مع تعلق غرض بالانضمام غير مقوم لنفس المعاوضة كالوصف المشخص بخلاف الشرط فانه ليس ملحوظاً في عرض مااشترط به بل انما هو اعتبار في احد العوضين كالوصف المنوع .

فمعنى قولك (بعتك الكتاب بدينار على ان تصوغ لى خاتماً) ان بيع الكتاب انما هو بالدينار المقترن بهذا الفعل فليس عدم استحقاق الفعل الالعدم استحقاق الدينار فان المقابلة لم تقع بين الكتاب و مطلق الدينار ولا معنى لتقييد المقابلة الا الانتفاء عند الانتفاء ولا يعقل ان يكون الربط في هذا المقام كما هو في الوصف المشخص حيث ان مفاد الشرط هنا الاستحقاق ولا معنى لتعليق اللزوم على الاستحقاق لانه ليس شرطاً بل انما هو اثر الاشتراط و تعليق اللزوم على الفعل لايفيد الاستحقاق فلوكان مفاد الاشتراط في المقام جعل السبيل على تقدير ترك الوفاء كما هو الحال في المشخص من الوصف لم يكن لحصول الاستحقاق في الشرط الصحيح معنى حيث ان حصول الاستحقاق انما هو لكونه متمماً لاحد العوضين و مقوماً لاحد الركنين ولا يتم مع كونه اجنبياً عن هذا المقام فانحصار مؤداه في الجواز مع ترك الوفاء فتدبر فانه في غاية اللطف والدقة .

ومماحققنا تبين الفرق بين المقام و بين الصفات المشخصة كالكتابة والصحة بل المشابه له انما هي الصفات المقومة مثل كون الثوب حريراً او قطناً او كتانا وبيبان آخر ان حقيقة

ارتباط اللزوم بشيء تحديد شدة العقد به اى تحديد متعلقه من هذه الحيثية فمعنى قولك اشتريت الحنطة الجزئية على ان تكون جيدة ان متعلق البيع وان كان هذا الجزئي مطلقاً سواء كان واجداً للوصف ام فاقداً له الا ان متعلقه من حيث اللزوم الذى يقتضيه ويكون هو عليه لولا المانع انما هو هذا بوصف الجودة فينتفى البيع من حيث اللزوم بانتفاء ما هو موضوعه من هذه الحيثية وهو الجيد وليس الخيار ثابتاً باشتراطه حيث ان الوصف المشخص ليس اعتباره اشتراطاً للخيار على تقدير وهو مع وضوحه يستلزم التعليق على تقدير العكس ولا نتمسك له بادلة نفى الضرر بل انما هو مقتضى انتفاء الحكم بانتفاء موضوعه .

وهذا نظير اعتبار شيء في متعلق الامر من حيث التأكد كما لو امر المولى بشراء الحنطة الجيدة مع ان مطلوبه الحنطة مطلقا واعتبار الوصف انما هو للوجوب والا فمطلق الحنطة ايضاً مطلوب في الجملة وان لم يكن واجباً .

و اظهر من هذا تحديد متعلق الطلب من حيث الاولية كما هو الحال فيما جعل للواجب وقتاً لا ينتفى وجوبه بانتفائه وانما يرتفع وصف كونه اداء فانه تكليف واحد لا يرتفع بارتفاع موضوعه لان المرتفع ليس موضوعه مطلقا بل موضوعه من حيث التعلق الاولى و اول هذا الى قولنا صل الظهر في الوقت وان فات ففى الخارج مثلا لاينافي وحدة التكليف وان كانت تتراأى فانه تعدد تحليلى كتحليل الامر الى طلب الشيء مع المنع من الترك وهذا النحو من التحديد غير معقول فيما نحن فيه لان المتعلق من حيث اللزوم ان كان نفس الشرط فهو انما يورث الجواز مع عدم الوفاء لا الاستحقاق لان ربط اللزوم بشيء بمجرده لايقتضى ازيد من ذلك والخصم لايلتزم به مع انه لو عمل به على تقدير الفساد يلزمه ان لايكون للمشروط له خيار .

و ان كان المتعلق استحقاق الشرط كما زعمه بعض فهو مع فساده لما عرفت من ان الاستحقاق اثر الاشتراط لا نفس الشرط ، لايقتضى النفوذ حيث ان ارتباط اللزوم باستحقاق صياغة خاتم في نفسه لا يقتضى تحقق الاستحقاق كما ان ارتباطه بالوصف المشخص لايقتضى تحققه و انما يترتب عليه الانتفاء عند الانتفاء فيلزم جواز العقد وان وفى بالشرط

و الحاصل ان استحقاق صياغة الخاتم المشترط في ثمن الكتاب انما يتعقل اذا اعتبرت في الثمن كي يستحقه كاستحقاق ذات الثمن ومقتضى الشرطية ان لا تكون في عرض الثمن فلا بد ان يكون عنوانا لثمنيته ومتمماً لبدليته فعدم استحقاقها كعدم استحقاق تمام الثمن مفسد للانشاء لعدم ما يتعلق به واما الشروط الفاسدة فقد يستظهر اطباق الاصحاب على عدم فساد العقد بفسادها ان كان منشأه مخالفة الشرع كترك التزويج والتسرّي و الطلاق وهو مع انه ليس اجماعاً منهم ناش مما يترائى من ظواهر الاخبار .

فالعمدة البحث عن دلالتها والافبعد فساد المدرك لا يؤثر الاتفاق لو تحقق كشفاً عن رأى الحجة عليه السلام الذى هو المناط عندنا في اعتبار الاجماع وقد عرفت سابقاً انها لا تدل على وقوع الشرط في ضمن العقد بل بعضها صريحة في خلافه .

ففى خبر (ابن سنان) عن (ابى عبدالله عليه السلام) في رجل قال لامرأته ان نكحت عليك او تسريت فهى طالق قال (ليس ذلك بشيء ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال ان من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه) ولعل (ثانى الشهيدين قدس سره) في (الروضة) نظراً الى هذا حصر مدرك ما عليه الاصحاب في الاجماع قال عند شرح قول (المصنّف قدس سره) فلو شرط ما يخالفه لغى الشرط وصح العقد والمهر واما صحة العقد فالظاهر اطباق الاصحاب عليه وان كان للنظر فيه مجال كما علم في غيره من العقود المشتملة على الشرط الفاسد انتهى .

ويستفاد منه امور : الاول كونه على خلاف القاعدة ، والثانى عدم تحقق الاجماع و الثالث قصور الاخبار عن الدلالة ، وكيف كان فالتعبد بصحة العقد مع فساد الشرط في النكاح لو سلم لا ينافي كون القاعدة على خلاف ذلك وانما هو كانقلاب المتعة دائماً بعدم ذكر الأجل وان كان من قصدهما على بعض الوجوه في بعض الاقوال ولكن التحقيق انه غير معقول كما عرفت فلو تمت دلالة الاخبار ايضاً فلابد من طرحها او تأويلها في موردها فكيف يستكشف منها حال غيره من الموارد .

هذا حال هذا النوع من الشرط ، واما شرط الخيار فقد التزموا بافساده للعقد لعين ما هو المناط في غيره وهو تخلف الرضا، ففى (الشرايع) لو شرط الخيار في النكاح

بطل وفيه تردد منشأه الالتفات الى تحقق الزوجية لوجود المقتضى و ارتفاعه عن تطرق الخيار او الالتفات الى عدم الرضا بالعقد لترتبه على الشرط انتهى .

فجعل المناط في الافساد ارتباط الرضا بالعقد بما اعتبر فيه من الشرط لامخالفته لمقتضى العقد وعوده اليه بالنقص الراجع الى عدم قصد العقد نفسه وستعرف حقيقة المنافات لمقتضى العقد انشاء الله تعالى وانه ليس منه .

وفيه ايضاً اذا زوجت المطلقة ثلثاً وشرطت في العقد انه اذا حللها فلانكاح بينهما بطل العقد و ربما قيل يلغوا الشرط انتهى ، و من المعلوم ان هذاالشرط ليس منافياً لذات العقد .

نعم توهم بعضهم المنافات فعلل الافساد به وستعرف فساده انشاء الله وكفى بما في (القواعد) شهيداً حيث قال وكل شرط يقتضي تجهيل احد العوضين فان البيع يبطل به و ما لا يقتضيه لكنه فاسد فان الاقوى بطلان البيع ولا يحصل به ملك للمشترى كمالو اشترط تسليم الثمن في مدة معينة فان لم يفعل فلا بيع مثلا انتهى .

فجعل محل الخلاف مثل هذا الشرط ومن المعلوم ان اشتراط ارتفاع البيع على تقدير عدم تسليم الثمن في الاجل ليس الاكاشتراط ارتفاع النكاح على تقدير التحليل فتدبر ، و بالجملة فليس في باب النكاح ماينفع الخصم ان لم يكن على خلاف مرامه فلاحظ و تدبر .

ولا يخفى ان حكمهم بفساد المهر عند فساد كثيرمن الشروط ايضاً لاينطبق الاعلى ما اخترناه فان المهر لاخصوصية فيه و انما المناط الشرطية فكما انه ينتفي المهر بانتفاء شرطه فكذا العقد فافهم .

و اما الشرط الغير المقصود للعقلاء فلو سلم ان فساده لايوجب الفساد فانما هو لمكان اللغوية وهي غير متحققة في مطلق الفاسد .

بيان ذلك ان المناط في فساد العقدبفساد الشرط انما هو تقيدركنه به بحيث يكون الفاقد كالمعدوم وماهو كاللغو لايصلح للتقييد ففي الحقيقة لايعقل تقييد المتعاقدين لتعلق العقد بمثله فمع تنبه المتعاقدين باللغوية لايقدمان على ما يعلمان عدم تحققه حيث ان

مرجع الشرط في المقام الى جعل الحق والمفروض انه ليس حقاً فكأنهما لاغيان في التعبير وليس من قصدهما التقييد وان كانت الصورة صورة التقييد كامر الآمر مع العلم بانتفاء شرطه في وجه ولو فرض صدور التقييد منهما وقصدهما له بطل العقد قطعاً فانه ليس الا كبيع الخنافس وتعلق الغرض بالاعتبار كما هو المفروض أعم من تقييد الانشاء فتفطن .

و اما الشروط الغير المذكورة في العقد فلا يتقيد بها الانشاء ايضاً وان انيط بها الرضا في الجملة والالم يكن لعدم نفوذها وجه فكأنها من قبيل الدواعي فلو وعد المشترى البايع ان يهبه من ماله اضعاف المبيع فباعه ماله بثمن بخس صح البيع و ان لم يقع منه الهبة الموعودة ولا يستحق البايع اياها مع ان الرضا وطيب النفس انما كان على الوجه المخصوص لامطلقا بل هذا هو الحال في المغرور ومشترى المعيب اذا دخلا على ان تكون القيمة عادلة والمبيع معتدلا صحيحاً فانهما انما رضيا بالبيع على الوجه المخصوص لامطلقا و السر فيه ما اشرنا اليه من ان الامور المذكورة ليست مقيدة للرضا المتعلق بالانشاء بل انما وقع مطلقا ، وان كان الداعى الرضا اعتقاد استحقاق امر آخر اوحصوله وهذا لايظهر الالمن من الله تعالى عليه بلطف قريحة واستقامة سيلقة ومنه يزداد الوجه في المسئلة السابقة اتضاحا .

ومما حققنا تبين ما فيما في جامع المقاصد حيث قال عند شرح مامر آنفا من عبارة القواعد ووجه القوة ان التراضى انما وقع على الوجه الذى يمتنع وقوعه فلاتراضى حينئذ ويشكل بانه لو شرط كون العبد كاتباً مثلا او اشترى العبدين جميعاً فتبين انه غير كاتب او ان احد العبدين ليس ملكاله فان البيع لايبطل بذلك وان ثبت له الفسخ مع ان التراضى لم يتحقق الا على الوجه الذى ليس بواقع وفى الفرق بينهما عسر وكيف كان فلاسبيل الى القول بالبطلان في الاخير عندنا ، واما الاول فانه محل اختلاف و النظر ينساق الى البطلان فيه فيكون البطلان فيه اقوى انتهى .

فان الفرق بين الوصف المشخص والحق في غاية الوضوح حيث ان الاول انما هو تحديد لمتعلق العقد من حيث اللزوم فلايؤثر التخلف الا الخيار بخلاف الثانى فانه دخيل في ركنية المشروط فيه وكونه عوضاً كالوصف المنوع وهذا هو السر فى استحقاق المشروط

له اياه على المشروط عليه .

ومن الغريب اكتفاؤه فى الفرق بمجرد انسياق النظر الى البطلان بعد الاعتراف بالعسر من غير بيان للفرق ولعله اشارة الى ماحققناه فتأمل ومما حققنا تبين انهلا يعقل التفكيك بين الالتزام باول الشرط الى جعل الحق و منع ايجاب فساده بطلان العقد خصوصاً مع الاعتراف بانه بمنزلة جزء احد العوضين فانهلاوجه لهما الاارتباط العوضية بالشرط هذا هو الكلام فى الفرق بين المقام و بين الوصف المشخص .

و اما الفرق بينه و بين الجزء فهواوضح من ان يبين حيث ان انضمام بعض الاجزاء الى بعض لادخل له فى مقابلة مايخصه من العوض الآخر و ان كان دخيلا فى مقابلة المجموع بالمجموع ولوفرض وقوع المعاملة على هذا النحو فتبعض الصفقة يورث الفساد كما اعترف به بعض الاصحاب لاالخيار و استشكال بعضهم فيه لاوجه له حيث ان اعتبار الانضمام في العوضية ليس الاكاعتبار الامر الخارج فيها فتفطن .

وتحصل مما حققنا ان الشرط الراجع الى جعل الحق مقيد للمشروط فيه في تعلق ذات الانشاء فهو كالوصف الممنوع يبطل الانشاء بفساده حيث ان عدم استحقاقه كعدم استحقاق المشروط فيه رأساً ولا يوزع عليه مايقابله من العوض لتبعيته و عدم استقلاله في تعلق الانشاء به فليس جزءاً في الحقيقة وفي اطلاقه عليه تسامح فلايوجب تعذره فساد العقد وانمايوجب الخيار في جميع الصور والارش في بعضها .

وتفصيل ذلك ان الشرط انما يكون مما يقابل بالمال كالصبغ والصياغة واما ان يكون له دخل في مالية ما اشترط فيه بحيث يتفاوت بانضمامه اليه و عدمه كالعتق فان العبد المشروط على من انتقل اليه عتقه اقل قيمة من الخالى عن هذا الشرط واما ان لايكون على احد الوجهين كشرط مشايعة المسافر لاريب في ثبوت الخيار في جميع الصور حيث ان تعذر الوفاء بالشرط كتعذر تسليم احد العوضين بل هو هو في الحقيقة ، ومن المعلوم ان المعاملة من حيث هى كذلك انما تتم بخروج كل من المتعاملين عما هو في عهدته .

لا اقول ان البيع لايتم الا بالتقابض بل المقصود ان المعاملة حقيقتها تمكين كل

صاحبه مما عنده او عليه وايصاله اليه فلزوم البيع على المشترى مثلا عند اهل العرف منوط بخروج البايع عن عهدة ما عليه من المبيع وما اعتبر معه فما لم يخرج عن هذه العهدة قصوراً او تقصيراً لم يتم امر المعاملة ولم تبلغ حدها و ان حصل البيع واثر اثره ولهذا يكون تلف كل من العوضين قبل القبض ممن انتقل عنه مطلقا من غير فرق بين المبيع والثمن ولا بين البيع وغيره من المعاملات حتى مثل المهر وعوض الخلع مع ان النكاح و الطلاق ليسا من المعاملات بحسب الذات ولكنهما منها بملاحظة المهر والعوض وليس الوجه الا ماحققناه من ان هذه الاشياء في العرف مضمونة على من انتقل عنه والا فقوله كل مبيع تلف قبل قبضه لايشمل غير المبيع مع ان القبض بمعناه اللغوى والعرفي لا يشمل التخلية في غير المنقول و الاكتفاء به في الخروج عن العهدة ايضاً مبنى على عدم استفادة الحكم من الرواية تعبداً فلايدور الحكم مدار صدق القبض بل لو امتنع من انتقل عليه من القبض لم يقدح في خروج من انتقل عنه عن العهدة .

ولايتم جميع ما ذكرنا الاعلى ما حققناه من كون ما انتقل عن كل من المتعاملين فى ضمانه الى الغاية المعينة من التخلية والادخال تحت السلطنة ومجرد تمكين الضامن المضمون له فى مثل المقام يكفى فى دخول المال فى عهدة صاحبه حتى ان هذا يجرى فى ضمان اليد مع ان قوله عليه السلام حتى تؤدى ظاهر فى خلاف هذا المعنى وانما يتبادر منه الاعم من الاقباض والتمكين حيث انه هو المعهود في انتقال الضمان عند اهل العرف فيتبادر منه ما هو المتعارف عندهم وان هذا التعبير انما هو بالنظر الى الغالب ولتحقيق المطلب مقام آخر .

وكيف كان فتعذر الشرط كتعذر التسليم يوجب الخيار ويمنع من استقرار المعاملة وبلوغها حد اللزوم لان الجواز يثبت بقاعدة نفى الضرر فانها لاتصلح للركون اليها على ما حقق في محله واما الارش فيما يوجب اختلاف القيمة فلانه مضمون على المشروط عليه ضمان معاوضة وهو عدم استحقاق كل من المتعاقدين ما انتقل اليه الا بما يقابله مما انتقل عنه لا بالقيمة الواقعية والشرط كالوصف وان لم يكن مقابلا بشيء من العوضين الا انه مقابل بمقدار من مالية .

وفي (اللمعة) و(الروضة) ماينادى بما حققناه قال لو حدث في الحيوان عيب قبل القبض فللمشترى الرد او الارش اما الرد فموضع وفاق و اما الارش فهو اصح القولين لانه عوض عن جزء فائت واذا كانت الجملة مضمونة على البايع قبل القبض فكذا اجزائها وكذا لوحدث في زمن الخيار المختص او المشترك بينه و بين البايع او غيره لان الجملة فيه مضمونة على البايع ايضاً اما لو كان مختصاً بالبايع او مشتركاً بينه و بين اجنبى فلاخيار للمشترى، هذا اذا كان التعيب من قبل الله تعالى او من البايع ولو كان من اجنبى فللمشترى عليه الارش خاصة ولو كان بتفريط المشترى فلاشيء انتهى ولايخفى ان الارش الذى على البايع غير الارش الذي على الاجنبى حيث ان الثانى بالنسبة الى القيمة الواقعية دون الاول ، ثم قال وكذا الحكم في غير الحيوان بل في تلف المبيع اجمع الا ان الرجوع فيه بمجموع القيمة انتهى .

فتبين ان معنى كون التلف من البايع عدم استحقاقه شيئاً من الثمن لعدم الخروج عن العهدة وعدم استقرار المعاملة فلا حاجة الى ما تكلفوه من دخول المبيع في ملكه آناًما وغيره وهذا معنى الانفساخ فلو فرض عود المبيع بعد التلف كان للمشترى لاللبايع وليس الارش في المقام على خلاف القواعد ولهذا يلتزم به فيما لايحصى من نظائر المقام التى لايكاد يلتزم بقيام دليل خاص تعبدى فيهما عليه ، الاترى انه اذازال الوصف الممنوع بعد البيع قبل القبض كان مضموناً على البايع ولاينفسخ المعاملة به .

وفي (التذكرة) لوشرط على البايع عملا سائغاً تخير المشترى بين الفسخ والمطالبة به او بعوضه ان فات وقته و كان مما يتقوم كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا فاتاه به غير مصبوغ وتلف في يد المشترى ولو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ والامضاء مجانا ثم قال لوكان الشرط على المشترى مثل ان باعه داره بشرط ان يصبغ له ثوبه فتلف الثوب تخير البايع بين الفسخ والامضاء بقيمة الفائت ان كان مماله قيمة والامجاناً انتهى .

ولايخفى مافيهما من الاضطراب لايهامها الفرق بين الشرط على البايع وعلى المشترى واستحقاق القيمة الواقعية في الاول دون الارش بخلاف الثانى ولعل مرجعها الى ماحققناه فتدبر .

وفي (التذكرة) في العبد المشروط عتقه على المشترى: لو قتله المشترى او مات او تلف سواء كان بتفريطه اولا لم يجب شراء غيره لكن يرجع البايع بما يقتضيه شرط العتق فيقال كم قيمته لو بيع مطلقا و بشرط العتق فيرجع البايع بالنسبة من الثمن فاذا قيل انه يساوى مأة بغير شرط و تسعين بشرط العتق زيد على الثمن تسعة و له الفسخ لعدم الوفاء بالشرط فيدفع ما اخذه من الثمن و يرجع بقيمة العبد انتهى.

وهو مطابق للتحقيق و تبين ان الارش فيما نحن فيه كالخيار مطابق للقواعد و ليس كالارش في خيار العيب مخالفاً للقواعد على ما سيأتى انشاء الله تعالى كما انه قد ظهر انه لافرق بين ان يكون التعذر مستنداً الى المشروط له او الى المشروط عليه او الى الله تعالى.

الا ترى ان عدم تمكن المديون من اداء الدين و البايع من الاقباض لو كان مستنداً الى الغريم و المشترى لم يوجب خروج كل منهما عن العهدة و على هذا فلو باع البايع المشترط على المشترى لعبده صبغ الثوب فتلف ذلك الثوب لم يسقط حقه و تمكن من الفسخ لتعذر الشرط و ان كان مستنداً اليه فليتأمل و كذا عدم منافات التلف و التصرف للخيار بل قد يوجب التلف حدوثه حيث كان موجباً للتعذر و هل يكون زوال سلطان المشروط عليه عن المشروط فيه بحكم التلف فيعد تعذراً و يترتب عليه احكامه او يجبر المشروط له المشروط عليه على فسخ ما تعلق به لو كان زوال السلطان بمثل البيع و الهبة لا من قبيل الاسباب كالاستيلاد او يفسخ هو بنفسه اولا ثم يجبر المشروط عليه على الوفاء و على تقدير فسخ عقد نفسه فهل يرجع الى البدل او يسترجع العين حيث انه يستتبع انفساخ ما ترتب عليه من الانشاءات او فرق بين العتق و غيره ففى الاول يرجع عليه بالبدل و في الثانى بالعين اولا اثر لهذا التعذر اصلا اذا كان الموجب عتقاً فليس للمشروط له الفسخ مطلقا و لا الارش او فرق بين ما يناقض الشرط اولا كبيع ما اشترط وقفه و غيره فيحكم في الاول بتوقف النفوذ على الاذن و الاجازة و مع عدمهما يسترجع العين بالرد دون الثانى فانه يتعين فيه الرجوع بالمبدل جمعاً بين الحقين.

و بيان آخر اذا كان زوال سلطان المشروط عليه عن المشروط فيه بعقد او ايقاع ففيه احتمالات: الفساد مطلقا او في غير العتق و الصحة مشروطاً باجازة المشروط له و اذنه

كذلك والصحة مطلقا مع سلطنة المشروط له على الفسخ والابطال من حينه اومن اصله اومع سلطنته على اجبار المشروط عليه على فسخها كذلك اومع التخيير بمعنى ثبوت السلطنتين للمشروط له فان شاء استقل بالفسخ وان شاء اجبر المشروط عليه به مع احتمال التفصيل في الوجوه الاخيرة ايضاً بين العتق وغيره فهذه ثمانية وكل منها اما مطلق واما مع التفصيل بين العتق و غيره فيبلغ المجموع ستة عشر .

وهناك احتمال آخر وهو النفوذ مطلقا من غير توقف على اجازة مع عدم تأثير الفسخ فيه مطلقا او التفصيل بين العتق وغيره والتعذر لا يتحقق في غير هذه الصورة وهو النفوذ وعليه فهل للمشروط له فسخ العقد خاصة مطلقا اوفي غير العتق والفسخ اما يستتبع بطلان ماترتب عليه فتعود العين اليه ام لا بل يرجع الى البدل اويستحق الارش خاصة فيما يتحقق فيه وفي غيره يستحق الفسخ باحد الوجهين أو يستحق الأرش في العتق و في غيره الفسخ بأحد الوجهين او يتخير بين الفسخ و الارش او يختلف حال الفسخ في العتق وغيره او يختلف الحال بكون التصرف منافياً من اول الامر وبين اتفاق المنافات ففى الثانى يتعين البدل وفي الاول الوجوه وجوه .

والتحقيق ان الفساد مما لا يكاد يتوهم مع اذن المشروط له وغرض من عبر به انما هو عدم النفوذ بمعنى صيرورته بحيث لا يقبل الفسخ بل هذا ايضاً لا وجه له وان لم يكن في الوهن كسابقه حيث ان استحقاق فسخ البيع المتعلق بالعبد المشروط عتقه مع وقوعه باذنه غير معقول فان التوقف على اذنه انما هو لاجل المنافات وعدم تمكن المشروط عليه من العمل بالشرط المستلزم لتضييع حقه فبعد تحقق المنافي وتحقق عجز المشروط عليه ارتفع موضوع الاستحقاق والا لم تكن منافات و السلطنة على الفسخ تتوقف على فعلية الاستحقاق المتوقفة على زوال الطارى المتوقف على السلطنة على الازالة و هو دور واضح .

فالتحقيق كون الطوارى المنافية مشروطة باذن المشروط له فهو ان تاخر عنها كشف عن صحتها على ما هو الحال في جميع موارد الاجازة ومانحن فيه نظير تصرفات الراهن في العين المرهونة ولا فرق فيها بين العتق والوقف وغيرهما فانهما ايضاً يصلحان

للتزلزل كما حقق في الرهن فلاحظ وتامل ولا يخفى ان الارش لايسقط بهذا الاذن كما لايسقط في صورة التعذر الاان يستظهر منه الاسقاط والصفح عن الحق رأساً نعم لاسبيل الى فسخ اصل العقد حينئذ للخروج عن العهدة بالاستيذان ولو عاد المشروط فيه الى المشروط له فالحق ان له المطالبة بالشرط والاجبار عليه الاان يستظهر من الاذن في المنافي اسقاط الحق رأساً ايضاً فان المانع انما يمنع مادام موجوداً .

وبالجملة فالاذن في الطوارى المنافية ليس اسقاطاً من حيث هو هو وعن المبسوط فيما اذا اشترى المرتهن شيئاً بدينه انه يصح و يبطل الرهن فان تلف العين قبل القبض عاد الدين والرهن وليس العود في المقام على خلاف القواعد حيث ان الابطال ليس من جهة رفع المقتضى بل انما هو من جهة وجود المانع فيعود بزواله .

الاترى ان الفسخ يوجب عود كل من العوضين الى مالكه مع ان الفسخ ليس مملكا ولا يتم هذا الا من جهة قيام المقتضى و العقد كان مانعاً فبزواله من جهة الفسخ يؤثر المقتضى اثره وقد خفى هذا على بعض الاساطين فلاحظ وتفطن وحيث قلنا بان نفس الطوارى المنافية ليس اسقاطاً فالاذن فيها بالطريق الاولى فلورجع قبل وقوع التصرف او تماميته كالهبة قبل القبض جاز .

ومما حققنا تبين ما في كلمات الاصحاب ففى (التذكرة) شرط العتق انما يتناول العتق مجانا فلو اعتقه المشترى و شرط عليه الخدمة اوشيئاً تخير البايع بين فسخ البيع والامضاء فان فسخ فالاقرب نفوذ العتق و يرجع البايع بالقيمة كالتالف و يحتمل فساده لوقوعه خلاف ما وجب عليه و سقوط الشرط خاصة فينفذ العتق ولا خيار للبايع ولا شيء له انتهى .

فانك قد عرفت ان هذا ليس من تعذر الشرط حيث انه لاسلطنة للمشترى على ابطال حق البايع فلاوجه لنفوذ تصرفه المبطل لحقه و اما نفوذ العتق مع عدم استحقاق الارش والفسخ فانمايتم على تقدير عدم استظهار المجانية من اشتراط العتق بل استظهار الاطلاق وامامع الفرض المزبور فهذا الاحتمال في غاية الشناعة .

ثم قال لو باعه المشترى او وقفه او كاتبه تخير البايع بين فسخ البيع و الامضاء

فان فسخ البيع بطلت هذه العقودلوقوعها في غير ملك تام ويخالف هنا العتق بشرط لان العتق مبنى على التغليب و السراية فلاسبيل الى فسخه مع القول بصحته وهل له امضاء البيع مع طلب فسخ ما فعله المشترى؟ فيه احتمال انتهى.

وفيه انهلادليل على تغليب العتق في المقام فالتفصيللاوجهله والسلطنة على مطالبة المشترى بالفسخ تتوقف على نفوذ فسخه ولا وجه له .

و في (الدروس) ولو اخرجه عن ملكه ببيع اوهبة او وقف فللبايع فسخ ذلك كله انتهى، وفيه انه ان اراد استحقاق فسخها ابتداء مع بقاء العقد على حاله فلا وجه له لما عرفت من ان شرط العتق انما يقتضى عدم نفوذ التصرفات المنافية لا استحقاق الفسخ بعدالنفوذ وان اراد استحقاق فسخها تبعاً لفسخ عقد نفسه كما اختاره في(التذكرة) ففيه مافيه ولصاحب الجواهر وشيخنا قدس سرهما في المقام ما يظهر ما فيه بالتامل فيما حققناه ولا مجال للتعرض له فلاحظ وتدبر .

هذا مجمل الكلام فيما اذاكان مرجع الشرط الى جعل الحق واما اذاكان مرجعه التوصيف فقدعرفت انه إماان يكون على سبيل التنويع واما ان يكون على وجهالتشخيص فحكمه حكم الوصف فانه عينه و المرجع في التميز بين القسمين انما هو العرف والعادة فان الذكورة منوّعة في الرقيق دون السمك بل الغنم والمناط اناطة ذات المعاملة به بحسب مجارى العادات لا كونه مقوماً للمهية حقيقة كي تكون المسئلة عقلية وحقيقة المشخص كون الوصف تحديداً لمتعلق العقد من حيث اللزوم فينتفى بانتفائه ولا يتوهم ان هذا جعل للخيار على تقدير كي يفسد بالتعليق كما ان الوصف المنوع يرتبط نفس الانشاء به وليس تعليقاً والا لبطل ايضاً والفرق بينه وبين التعليق في غاية الغموض و بعون اللّٰه جل جلاله نبينه في اشتراط التنجيز .

و اما ما كان مرجعه الى جعل شيء جزء تابعاً لمتعلق الانشاء كالثمرة والحمل و ثوب العبد فهو امر بين امرين فلايستقل باثر الانشاء للتبعية فلو ظهر المتبوع مما لا يملك بطل الانشاء رأساً و من جهة الجزئية يوزع عليه الثمن و هذا كله مما لا اشكال فيه انما الاشكال فيما تردد امره بين ان يكون شرطاً خارجا اوجزء مستقلا او تابعاً كما

اذا باع شيئاً واشترط فيه مقداراً معيناً وهو اربعة اقسام لانه اما ان يكون من متساوى الاجزاء اومختلفها وعلى التقديرين فاما تتبين الزيادة او النقيصة .

و التحقيق انه اذا تبينت النقيصة في متساوى الاجزاء فان كان الغرض من اعتبار المقدار مجرد تعيين ما يقابل بتمام المسمى من غير حصول ضرر بتبعض الصفقة ولاتخلف غرض كما اذاكان المشترى عازماً على شراء تمام مايوجد من سلعة خاصة في مكان مخصوص والغالب ان البايع ايضاً يريد بيع ماعنده بلغ مابلغ اذاكان من اهل المعاملة من دون تعلق غرض منه ببلوغ المبيع المقدار المعين فلا ريب في لزوم المعاملة من الطرفين وتوزع كل من المتقابلين على الاخر و ان كان الشرط من المشترى لتعلق غرضه بالمقدار المخصوص او من البايع كذلك كما قد يتفق فالخيار للشارط لتخلف الشرط ، و منه يعلم الحال فيما اذا ثبت الزيادة و الغالب ان الزيادة للبايع ولا خيار لواحد منهما لمكان التوزع وانتفاء غرض يختص به المقدار وعدم حصول الضرر بالاشتراك واما اذا تبينت النقيصة في مختلفة الاجزاء فان كان المقدار فيه منوعا كما هو الحال في اللؤلؤ واخوته بطلت المعاملة والا فان لم يورث النقيصة الا اختلاف القيمة بحسبها من غير تعلق غرض من احدهما بما اعتبر من المقدار فلاخيار ايضاً مطلقا كما انه لاشبهة في التوزيع وعدم استحقاق البايع الاما يقابل الناقص من الثمن وكذا ثبوت الخيار في العكس .

و بالتأمل يظهر الحال فيما لم يكن اختلاف المالية بحسب النقص بان يكون نقص المالية انقص من نقص المقدار او ازيد اويكون نقص المال مورثا لازدياد المالية وكذا اذا كان اختلاف المقدار مورثا لاختلاف الرغبات خاصة اما اذا تبينت الزيادة فالصور كثيرة جداً لان المقدار اماان يكون منوعا فيفسد واماان لايكون اعتباره الالتعيين تمام مايقابل بالثمن من غير اختلاف الحال بالاشتمال على الاكثر والاقدام على الشركة على تقديرها كما يتفق كثيراً في الفرض وهوالشايع في متساوى الاجزاء فلااشكال في اللزوم وكون الزيادة للبايع .

ومن المعلوم ان هذا انما يتصور فيما اذا كانت الزيادة مورثة للازدياد ويمكن ان تكون الزيادة للبايع ويكون للمشترى الخيار لتخلف الشرط اوالاشتراك وان يكون

الخيار للبايع كذلك وان يكون لهما ويمكن ان تكون الزيادة للمشترى وللبايع الخيار لتخلف الشرط وخيار البايع يمكن ان يكون بين الفسخ والامضاء بالمسمى ويمكن ان يكون بين الفسخ والامضاء بالحصة ، والزيادة على الاول للمشترى وعلى الثانى للبايع وكذا في خيار المشترى في صورة النقيصة الوجهان و يختلف الحال بالاختلاف في كون الازدياد مورثا لنقص القيمة او لقلة الرغبة او ازديادها بحسب الازدياد او بالاختلاف وقد تورث الزيادة النقص في القيمة .

و الحاصل ان الاحكام تختلف باختلاف الصور و الاقسام و العنوان ينطبق على الجميع و ان كان على بعض التقادير اظهر في بعض الوجوه فاختلاف (الاصحاب قدس سرهم) و تنازعهم في الحكم كانه في غير محله .

و لنوضح ما اجملناه بالتعرض لطائفة مما افادوه قال (آية الله قدس سره) في (التذكرة) لو باعه شيئا وشرط فيه قدراً معيناً فاقسامه اربعة لانه اما ان يكون مختلف الاجزاء او متفقها وعلى التقديرين فاما ان ينقص المقدار على الشرط او يزيد الاول ان يبيع مختلف الاجزاء كالارض و الثوب و ينقص كأن يبيع ارضاً معينة على انها عشرة اذرع او ثوباً بكذا فنقص ذراعا قال علماؤنا يتخير بين الفسخ والامضاء وبه قال (ابوحنيفة) و(الشافعى) في احد القولين اما الصحة فلصدور العقد من اهله في محله جامعاً للشروط فكان صحيحاً او للعموم السالم عن معارضة ما يقتضى البطلان و نقص الجزء كنقص الصفقة واما الخيار فللنقص و هو عيب و القول الاخر للشافعى البطلان لان قضية قوله بعتك هذه الارض اختصاص البيع بهذه الارض و عدم تناوله لغيرها و قضية الشرط ان يدخل الزيادة في البيع فوقع التضاد لكن الاظهر عندهم الاول كما اخترناه .

إذا تقرر هذا فنقول إذا اختار المشترى البيع فهل يجيز بجميع الثمن أو بالقسط لعلمائنا قولان : احدهما بجميع الثمن و هو اظهر قولى الشافعى لان المتناول بالاشارة تلك القطعة لا غير و ان كان الاظهر عنده في الصبرة الاجازة بالقسط لان صبرة الطعام إذا كانت ناقصة عن الشرط و اجزاؤها متساوية يكون ما فقده مثل ما وجده و في الثوب أو القطعة من الارض لم يكن ما فقده مثل ما وجده ولانه في الصبرة لا يؤدى تقسيط ذلك إلى جهالة الثمن في التفصيل و ان كان في الجملة مجهولا و اما الثوب أو القطعة

فانه إذا قسم الثمن على قيمة ذرعانه و جعل الفائت مثل واحد منها ادّى إلى ان يكون الثمن حالة العقد مجهولا في الجملة و التفصيل .

لا يقال اليس إذا وجد عيباً وقد حدث عنده عيب اخذ ارشه فصار الثمن مجهولا في الجملة و التفصيل، لانا نقول ذلك لا يؤثر في العقد لانه وقع في الابتداء على الجملة وصح بها و لهذا لا يسقط منه شيء مع امكان الرد و هنا يكون واقعاً في الابتداء على ما ذكرناه .

لا يقال لم لاقسمتموه على عدد الذرعان لانا نقول ذرعان الثوب مختلف و لهذا لو باع ذراعا منه ولم يعين لم يجز .

و الثاني انه يتخير بين الفسخ و الامضاء بحصة من الثمن ولا يقسط بالنسبة إلى الاجزاء لاختلافها بل بالنسبة من القيمة حال كمالها و نقصها وللشيخ قول انه إذا كان للبايع ارض بجنب تلك الارض وجب عليه ان يوفّيه منها وليس بعيداً من الصواب لانه اقرب إلى المثل من الارش ، إذا تقرر هذا ، فنقول لا يسقط خيار المشترى بان يحط البايع من الثمن قدر النقصان انتهى .

اقول ان الذى يظهر من بعض هذه الكلمات ان النزاع انما هو فيما يستفاد من العبارة و ان المناط انما هو ما قصده المتعاقدان و هو قول الشافعي لان المتناول بالاشارة تلك القطعة الخ و المستفاد من بعضها كدليله الاخر و ما يترائى من تمسك (العلامة قدس سره) بالعموم وقوله ان نقص الجزء كنقص الصفقة خلافه، اما الاول فلا محصل له و ليس من وظيفة الفقيه البحث عنه واختلاف التعبيرات والمقامات يمنع من ان يجعل له ضابط و اما الثانى فلا معنى له حيث يعلم قصد المتعاقدين فان العقود تابعة للقصود والتعبد على خلافه غير معقول أو غير معهود وتأسيس الاصل في مقام الشك لا يساعد عليه كلماتهم.

بيان ذلك ان النقص في مختلف الاجزاء قد يورث الفساد كما في اللؤلؤ فان الصغار نوع مغائر للكبار فى بعض اقسامه وقد يورث ازدياد القيمة كما هو الحال فيما يطلب فيه الرقة و اللطافة و هذا في الوزن واضح وقد يكون النقص في غيره ايضاً مرغوبا فيه كما إذا اشترى مصحفاً على انه عشرون ورقاً فبان عشرة و حينئذ فلا خيار للمشترى

فالاطلاق لا وجه له بل ربما يثبت الخيار حينئذ للبايع حيث انه انما باع المصحف بزعم انه كثير الحجم قليل القيمة فبان انه هو ذلك الصغير الحجم الغالى كما انه يمكن ان يكون اعتبار المقدار لمجرد ما يقابل بتمام المسمى من غير تعلق غرض من احد المتعاقدين ببلوغ المبيع ذلك المقدار ولا تضررهما بالنقص أو اقدامهما عليه .

وقد شاع هذا الفرض في زماننا في شراء السلطان اراضي الحائر الشريف لتعمير البلدة الجديدة فانه من جهة عزمه على شراء جميع الاراضى الواقعة في تلك الصفحة لا يتفاوت له غالباً الازدياد و النقص الا في بذل تمام المسمى فلاخيار له إذا نقص عدد الذرعان و البايع ايضاً يبيع ماله كيف كان، هذا حال اصل الخيار واما كونه بين الفسخ و الامضاء بالحصة أو بالمسمى فهو ايضاً يختلف باختلاف الموارد فحيث يكون نقص المقدار مورثا لانتقاص القيمة بحسبه كما هو الحال في الاراضى و الكرباس فالخيار بين الفسخ والاخذ بالحصة للتوزع و أما إذا لم يكن كذلك فكثيراً ما يكون اعتبار المقدار كاعتبار الامور الخارجية فكانه ملحوظ بلحاظ الاوصاف فالخيار بين الفسخ والاخذ بالجميع كما هو الحال في تخلف الوصف و ظهور العيب .

وبالجملة حكمهم بثبوت الخيار في صورة النقيصة للمشترى بين الفسخ والامضاء بالحصة او بالجميع مشتمل على دعاوى كلها باطلاقها في محل المنع .

قوله قال علماؤنا الخ الظاهر ان هذا الاتفاق في العنوان بكليته مع انك قد عرفت خلافه حيث ان الحكم في كثير من الصور لا يتعقل ان يكون كذلك ولم يظهر من احد هذا الحكم على هذا النحو نعم انما حكموا في خصوص بيع الارض على انها جربان معينة بالخيار للمشترى و هو غالباً صحيح على ما عرفت و ليس الحال في كل مختلف الاجزاء كذلك بالضرورة .

قوله اما الصحة الخ فيه انه يمكن ان يكون المقدار منوعاً في مختلف الاجزاء بل قد عرفت وقوعه و شيوعه و حينئذ فيكون النقص كالازدياد مورثاً للفساد ومع الشك فالتمسك بالعموم لا معنى له حيث ان هذا ليس تخصيصاً بل الشك فيما هو المتعارف و العمومات لا تبين حال الموضوع فافهم .

قوله و نقص الجزء كنقص الصفقة الخ قد عرفت فساده باطلاقه فتدبر .

قوله و اما الخيار فللنقص و هوعيب ، ظاهره لا يخلو عن اجمال و لكن غرضه بيان تحقق المناط فان ثبوت الخيار في العيب على القاعدة لان اصالة السلامة بمنزلة التصريح باعتبارها و لكن هذا يقتضى الخياربين الفسخ و الامضاء بالجميع وهو باطلاقه فاسد مع انه في كثير من الموارد يثبت الخيار لتبعض الصفقة لا لما ذكر حيث يكون هذا الجزء ملحوظاً في عرض ساير الاجزاء كما هو الظاهر في بيع الارض على انها جربان معينة و اما ما تمسك به الشافعي للبطلان فواضح الفساد لان عدم اشتمال الارض على المقدار غير معلوم بل انما تعلقت المعاملة بها على انها مشتملة عليه فلا تناقض و هذا هو الحال في اعتبار الاوصاف اجمع .

و اما ما جعله الشافعي وجهاً للاجازة بجميع الثمن من ان المتناول بالاشارة تلك القطعة لاغير ففيه ان مجموع المبيع تلك القطعة على الوجه المخصوص لا مطلقا و هذا لا ينافي توزع الثمن على الاجزاء كما هو الحال في متساوى الاجزاء و ما جعله فارقا بين المقام و بين الصبرة من تحقق المماثلة فيها دونه يدفعه ان المناط كون اختلاف المالية بحسب اختلاف المقدار لا التماثل الاترى ان الارض إذا كان جريب منها بدينار و جريبان بدينارين و هكذا توزع الثمن على الجريبان و ان كانت الارض من القيمى فتفطن .

و اما ما زعمه من انه يؤدى إلى الجهالة في الجملة و التفصيل ففيه منع واضح لان المقدار المذكور في العقد معلوم بل ربما يكون الاعتبار لذلك لا غير كما عرفت و المناط في ارتفاع الغرر الاعتقاد حال العقد لا الواقع و الا لكان تخلف الوصف والرؤية موجباً للبطلان فافهم .

و اما ما اعتذر به عن عدم التقسيم على عدد الذرعان من الاختلاف المانع عن بيع الكلى لادائه إلى الابهام والجهالة ففيه ان الاختلاف في الذرعان لاينافي التساوى في الكسور كما إذا لاحظته اثلاثاً أو ارباعا و هذا نحو من التوزع على عدد الذرعان فان المجموع إذا كان عشرة اذرع و كان الثمن عشرة كان في مقابل كل عشر و هو ذراع

واحد و يكفى هذا في ارتفاع الابهام و الجهالة .

ثم قال الثانى ان يبيعه مختلف الاجزاء كالارض و الثوب فيزيد على المشترط مثل ان يبيعه على انه عشرة اذرع فتخرج احد عشر فالخيار هنا للبايع بين الفسخ والامضاء للجميع بكل الثمن ولا يمكن ان يجعل ذراع منه للبايع لان ذلك مختلف و لانه يؤدى إلى الاشتراك ولم يرضيا بذلك و يحتمل ثبوت الزيادة للبايع فيتخير المشترى حينئذ للتعيب بالشركة فان دفع البايع الجميع سقط خياره و يحتمل عدم سقوطه و الاول اقوى لان زيادة العين هنا كزيادة الصفة إذ العقد يتناول القطعة المعينة فزيادة الذراع زيادة وصف فيجب على المشترى قبوله كما لو دفع اليه الاجود .

و للشافعى قولان في صحة البيع و بطلانه إذ لا يمكن اجبار البايع على تسليم الزيادة ولا المشترى على اخذ ما سماه فان صححه فالمشهور عنده ان للبايع الخيار فان اجاز فالجميع للمشترى ولا يطالبه للزيادة بشيء و اختار بعض الشافعية انه لا خيار للبايع و يصح البيع في الكل بالثمن وينزّل شرطه منزلة ما لو شرط كون المبيع معيباً فخرج سليماً لاخيار له .

و على المشهور لو قال المشتري لاتفسخ فانى اقنع بالقدر المشروط و الزيادة لك فهل يسقط خيار البايع؟ فيه قولان السقوط لزوال الغبن عن البايع و عدمه لان ثبوت حق المشترى على الشياع يجر ضرراً ولو قال لا تفسخ حتى ازيدك في الثمن لما زاد لم يكن له ذلك ولم يسقط خيار البايع عندنا و عند الشافعى قولا واحداً و كذا حكم الثوب و الشاة لو باعها على انها عشرون رأساً فنقصت او زادت انتهى .

و فيه ايضاً ما عرفت من اختلاف الصور و الفروض فان كان المقدار منوعا كما هو الحال في كثير من القيميات بطل و الافان لم يتعلق الغرض في التحديد و الاعتبار الا برفع الابهام صح وكانت الزيادة للبايع إذا كان الازدياد مورثا لازدياد القيمة بحسب ازدياد المقدار كما هو الحال في بيع الارض و الكرباس ولم يكن لاحدهما خيار على تقدير الاقدام على المعاملة كيف كان ولايتوهم ان هذا خروج عن التعرض لحكم المسئلة من حيث هي لانه من لوازم بعض الفروض لا اسقاط طارىء له و على تقدير عدم الاقدام

فلكل منهما خيار الشركة ولولم يكن الازدياد بحسب الازدياد أو لم يكن موجباً له اصلا بل انما اورث وفور الرغبة فالظاهر كون الزيادة بمنزلة الوصف .

فعلى تقدير كون الشرط من المشترى على البايع بان يكون الغرض انلايكون المبيع ادون مما اشترطا مع اقدام البايع على كونه للمشترى و ان كان اعلى فلاشركة ولا خيار لواحد منهما و ان كان الشرط من البايع على المشترى و كان غرضه جعل السبيل لنفسه على تقدير ظهور المبيع اعلى فالخيار للبايع خاصة بين الفسخ و الامضاء بالجميع وقد تكون الزيادة مورثة لنقص القيمة أو لقلة الرغبة و عليك بالتامل التام في تمييز الاقسام .

قوله ولا يمكن ان يجعل ذراع منه للبايع الخ فيه ان الاختلاف انما يمنع من جعله متعلقاً للعقد اولا للغرر لا الاشتراك مع ان الاشاعة ايضا لا توجب الغرر فيصح بيع ذراع من الجملة على سبيل الاشاعة مع العلم بعدد الذرعان و معرفتها .

قوله ولم يرضيا بذلك الخ قد عرفت انه غير مطرد بل من لوازم بعض الصور الرضا بالاشتراك فافهم .

قوله و الاول اقوى الخ فيه ان كون زيادة العين في المقام كزيادة الصفة مطلقا معلوم الفساد و تناول العقد القطعة المعينة لا ينافى كون المقدار ملحوظا في المعاملة بحيث يوزع كل من العوضين على الاخر فهل يريب احد في التوزع لو باع صبرة بعشرين على انها عشرون فبانت تسعة عشر مع ان المبيع شخص خارجي و جزئي حقيقي أيضاً و ما استدل به الشافعي على البطلان من البطلان بمكان ضرورة ان عدم ثبوت الاجبار من الطرفين لا ينافى الصحة فلا ضير في كون الزيادة للبايع و ثبوت الخيار للمشترى مع انك قدعرفت اختلاف الصور و ان هذا لايلزم الا على بعض التقادير ويظهر بالتامل فيما مر انظار اخر فيما في (التذكرة) فتدبر .

و في (المختلف) قال (الشيخ) في (النهاية) اذا اشترى الانسان من غيره جربانا معلومة من الارض و وزن الثمن ثم مسح الارض فنقص من المقدار الذى اشتراه كان بالخيار بين ان يردّ الارض و يسترجع الثمن بالكلية و بين ان يطالب برد ما

نقص من الارض و ان كان للبايع ارض بجنب تلك الارض وجب عليه ان يوفيها منه .

إلى ان قال : احتج (الشيخ) على قوله في (النهاية) بما رواه (عمر بن حنظلة) عن (ابى عبدالله عليه السلام) في رجل باع ارضاً على انها عشرة اجربة فاشترى المشترى ذلك منه بحدوده و نقد الثمن و وقع صفقة البيع و افترقا فلما مسح الارض فاذا هى خمسة اجربة قال (ان شاء استرجع فضل ماله و اخذ الارض و ان شاء رد البيع و اخذ ماله كله الا ان يكون له الى جنب تلك الارض ايضاً ارضون فليوفه و يكون البيع لازما له و عليه الوفاء بتمام المبيع فان لم يكن له في ذلك المكان غير الذى باع فان شاء المشترى اخذ الارض و استرجع فضل ماله و ان شاء رد الارض و اخذ المال كله) .

و في طريق هذه الرواية من لا يحضرنى الان حاله فالتخطى الى الارض المجاورة ممنوع بقى الاشكال فيما لو اراد المشترى اخذ الارض هل يأخذ بالثمن اجمع أو بقسطه الاقرب الثانى لانه وجده ناقصاً في القدر فكان له اخذه بقسطه من الثمن كما لو اشترى الصبرة على انها عشرة فبانت تسعة و كذا المعيب له امساكه و اخذ ارشه .

احتج (الشيخ) بانه اشترى بجميع الثمن فله الخيار بين الامضاء بالجميع أو الفسخ و الجواب هذا مبنى على ان المعيب ليس لمشتريه الا الفسخ و الامساك بجميع الثمن و هو قول الشافعى و لا يجىء على مذهبنا و ان كان قول الشيخ لا يخلو عن قوة لان المشترى انما اشترى هذه القطعة بالثمن وشرط له البايع قدراً معيناً فاذا نقص ثبت له الخيار اما نقص الثمن فلا .

إذا تقرر هذا فعلى ما اخترناه من انه يرجع المشترى بالقسط من الثمن لو اختار ذلك هل يثبت للبايع خيار الفسخ يحتمل ذلك من حيث انه انما رضى ببيعها بالثمن اجمع فاذا لم يصل اليه كان له الفسخ فاذا بذل له المشترى جميع الثمن لم يملك الفسخ لوصول ما رضيه اليه انتهى .

فما جعله (الشيخ قدس سره) عنوانا للمبحث خصوص الارض و هو قابل للخلاف و اما مطلق القيمى فلا ريب في اختلاف اقسامه كما عرفت ولا يخفى ان ثبوت مثل هذا الحكم المخالف للقواعد بمثل هذه الرواية مع اعراض الاكثر او من عدا الشيخ عنه في

غاية الاشكال و الحق فيها على ما هو الظاهر من الفرض ثبوت الخيار للمشترى بين الفسخ و الاخذ بالحصة كما هو مختار (العلامة قدس سره) هنا لان الظاهر في الفرض التضرر بالتبعض مع انتفاء الاقدام و ان امكن ان يكون على خلاف ذلك ايضاً كما ان مقتضى كون اختلاف القيمة بحسب اختلاف المقدار التوزع المنتج لكون الاخذ بالحصة و يمكن ان يستفاد ما حققناه من التنظير بالصبرة في مقام التعليل و ما احتج به (الشيخ قدس سره) قد عرفت ما فيه فان الاشتراء بجميع الثمن بديهى فانه المفروض و لكن الاشكال في التوزع و عدمه فلابد من ملاحظه جهة اخرى .

و اما ما اجاب به عنه فلا يخلو عن اجمال حيث ان نقص المقدار المعتبر في المعاملة ليس خروجا عن المجرى الطبيعى بالضرورة وكشف الستر ان باب نقص المقدار المعتبر ليس بابا مغائراً لباب العيب عند (آية الله قدس سره) بل ثبوت الارش عنده في خيار العيب لفوات ما هو بمنزلة الجزء و الارش جزء من الثمن لم يسلم للمشترى ما يقابله من وصف الصحة ولكن الشافعى لايجمع بين الخيار و الارش و تبعه (الشيخ قدس سره) فانكر استحقاق الارش حيث يثبت الخيار و انما يسلمه مع تعذر الرد فحكمه بعدم استحقاق الاخذ بالحصة في هذه المسئلة مبنى على ما بنى عليه من عدم اجتماع الخيار مع استحقاق الارش فذكر العيب انما هو من جهة اتحاد المناط لامن جهة توهم ان نقص المقدار عيب .

قال في (التذكرة) ان وجد المشترى بالمبيع عيباً سابقاً على العقد ولم يحدث عنده عيب ولا تصرف فيه كان مخيراً بين فسخ البيع و الامضاء بالارش إلى ان قال ولان الثمن في مقابلة السليم فاذا ظهر عيب كان قد فات جزؤ من المبيع فكان للمشترى المطالبة بما يقابله من الثمن لان الارش في الحقيقة جزؤ من الثمن انتهى و اضطراب كلامه في تلك المسئلة لايقدح فيما رمناه من كشف مرامه .

وقد خفى ما حققناه على ثانى المحققين قدس سره حيث قال بعد نقل ما في المختلف و ليس ما قاله بظاهر لان العيب خروج عن المجرى الطبيعى بزيادة او نقصان يقتضى اختلافا في المسمى الذى وضع الاسم بازائه كالعبد و نقصان القدر ليس خروجا عن المجرى

الطبيعي و انما هو متضمن لفوات بعض الصفات التي لاتقابل بشيء من الثمن ولا يستحق بسبب فواتها ارش على ان مختلف الاجزاء لا يعرف قدر حصة الناقص من الثمن لان الفائت غير معلوم و لما كان ذلك مبنياً على الاختلاف لم يعرف وصف الفائت انتهى.

و هذا من مثله غريب حيث ان المقصود واضح لمن له ادنى انس بكلام الفقهاء و ليس العيب مما يخفى على مثل (آية الله قدس سره) حتى اتعب نفسه في تفسيره فتفطن .

قوله و انما هو متضمن لفوات بعض الصفات الخ كون الصفات مما لا يقابل بشيء من الثمن و عدم استحقاق الارش بفواتها في الجملة مما اتفقوا عليه و هو من اجلى الواضحات و انما المدعى اختصاص وصف الصحة بتنزله منزلة الاجزاء في استحقاق الارش بفقده لا مطلقا فان كونه ملحوظاً في طول الاجزاء بديهي فهو امر بين الامرين و برزخ بين النشأتين .

قوله على ان مختلف الاجزاء لا يعرف الخ هذا ما استدل به الشافعي فيما تقدم على مختاره بتفاوت في التقرير و كيفية الاستدلال و فيه ان النسبة بين الزائد والناقص لا يخفى و ان لم يعلم حصة الفاقد خاصة فافهم.

ثم قال في (المختلف) لو باعه ارضاً على انها عشرة اجربة فظهرت احد عشر جريباً قال في (المبسوط) قيل فيه وجهان احدهما ان يكون للبايع الخيار بين الفسخ و بين الاجازة بجميع الثمن و هو الاظهر و الثاني ان البيع باطل لانه لا يجبر على ذلك و قال (ابن ادريس) للمشترى الخيار بين الرد و استرجاع الثمن و بين امساك المبيع و يكون شريكا للبايع ثم قال ولي في هذه المسئلة نظر و تأمل .

و قال (ابن البراج) يكون للبايع الخيار بين امضاء البيع بجميع الثمن و بين الفسخ و قال (ابن حمزة) للبايع الخيار بين الفسخ و الامضاء و يكون شريكا له بقدر الزيادة و الاقرب ان يقول يتخير البايع بين تسليم المبيع زائداً و بين تسليم العشرة فاذا رضي بتسليم المبيع فلا خيار للمشترى لانه زاده خيراً و ان امتنع من تسليمه زائداً فللمشترى الخيار بين الفسخ و الاخذ بجميع الثمن المسمى و قسط الزائد .

فان رضى بالاخذ اخذ العشرة و البايع شريك له بالزائد و هل للبايع خيار الفسخ يحتمل ذلك لتضرره بالمشاركة و الثانى لا خيار له لانه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن في البعض كان اولى و لان الضرر حصل بتغريره و اخباره بالكذب فلا يتسلط به على الفسخ و وجه البطلان انه لا يمكن اجبار البايع على تسليم الزيادة و انما باع عشرة ولا المشترى على اخذ البعض و انما اشترى الكل و عليه ضرر في الشركة ايضاً و الاقرب الصحة لان ذلك نقص على المشترى فلا يمنع صحة البيع كالعيب انتهى .

و انت ترى ان الاختلاف انما هو في فرض مخصوص و مرجع الاختلاف في الحكم إلى الاختلاف في الموضوع في هذه المسئلة على ما عرفت فلا وقع لجعل العنوان مطلق بيع مختلف الاجزاء على مقدار مع تبين الزيادة فان اختلاف صوره من البديهيات فقد لا يكون خيار لاحدهما و يرجع الزائد الى البايع كما اذا لم يكن الغرض من ذكر المقدار الا رفع الابهام مع اقدامهما على بيع هذا العين الخارجى كيف كان وقد يكون الخيار لهما وقد يكون باطلا والخيار ايضاً اما بين الفسخ والامضاء بالنسبة إلى المجموع او بالحصة الى غير ذلك من الوجوه .

و ما حكاه عن المبسوط لا محصل له لان الاجازة ببعض الثمن و بالجميع انما يتصور فيما اذا تبينت النقيصة و اما في الفرض فانما يقال للبايع الخيار بين الفسخ و الامضاء في تمام المبيع في قبال من يتوهم ان له الامضاء فيما يقابل الثمن و يكون له الزائد و مثله ما حكاه عن (ابن البراج) و لعله إلى ما رمناه يشير قوله و الاقرب ان يقول فافهم . و اما ما حكاه عن المبسوط من الوجه الاخر ففساده اظهر ثم ما استقربه قدس سره من تخيير البايع بين تسليم المبيع زائداً و بين تسليم العشرة لاوجه له لان المشترى لا يجب عليه قبول الزايد الذى هو ملك للبايع نعم فيما لا يكون الزائد للبايع وانما يكون له الفسخ و تسليم الجميع ليس للمشترى خيار على تقدير تسليم الزائد الذى هو في الحقيقة عبارة عن عدم الفسخ فافهم و بالتامل فيما قد مناه يظهر ما في (جامع المقاصد) و غيره من انظار لا تحصى فتدبر .

و اذ قد ظهر بحمد الله تعالى من تحقيق ماهية الشرط حال الاقسام و آثارها فاعلم ان للقسم الاول الذى هو عبارة عن جعل الحق شرائط تظهر ايضا بالتأمل في حقيقته و ما هومقتضاها .

منها كونه مقدوراً للمشروط عليه بمعنى كون ذلك معلوماً بحسب مجارى العادات لا مجرد كونه كذلك في نفس الامر ، فان هذا هو غرر المخاطرة القادح في المعاملات المبتنية على المكاسبة و يتفرع عليه عدم جواز بيع العبد الابق فان العجز عن ايصاله الى المشترى غير معلوم و مع ذلك فهو قادح في البيع وقد حققنا في الرضوان ما يتعلق بالمسئلة بما لا مزيد عليه و الغرض هنا مجرد تفسير هذا الشرط الذى اعتبره الاصحاب في الشرط حيث انه خفى على بعض الاواخر .

ففى (الشرايع) بعد قوله يجوز ان يشترط ما هو سائغ داخل تحت قدرته وما فرعه عليه لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره كبيع الزرع على ان يجعله سنبلا و الرطب على ان يجعله تمراً ولا بأس باشتراط تبقيته انتهى و من المعلوم ان هذا ليس الا كاشتراط القدرة في المبيع و ان المراد اشتراط قدرة البايع كما لا يخفى على من تأمل في اطراف الكلام .

و اصرح منه عبارة (التذكرة) قال من الشروط الفاسدة شرط ما لا يدخل تحت قدرة البايع عليه فلو اشترى الزرع بشرط ان يجعله سنبلا او البسر بشرط ان يجعله تمراً بطل انتهى .

و من الغريب ما في (الجواهر) حيث جعل فاعل يجعله المشترى او الله و في (جامع المقاصد) كاشتراط جعل البايع الزرع سنبلا والحاصل ان كون المشروط عليه البايع من الضروريات وقد سبق الجواهر الى جعل الفاعل هو الله تعالى (الشهيد قدس سره) قال في (جامع المقاصد) بعد نقل هذا منه و كانه نظر إلى ان الاول لا يكاد يتصور وقوعه عن عاقل للعلم البديهى بامتناع ذلك من غير الاٍله سبحانه انتهى و هذا الوجه صرح به (الشهيد قدس سره) في الحواشى فلا وجه لقوله وكانه نظر الخ .

قال في حواشى القواعد ان المراد جعل الله الزرع سنبلا والبسر تمراً لاأنا نفرض

ما لايجوز ان يتوهمه عاقل لامتناع ذلك من غير الإله جلت عظمته انتهى و فيه ان الافعال التوليدية افعال اختيارية بالضرورة و كونها مستندة الى اسبابها الغير المقدورة للشخص لا ينافي ذلك الاترى إلى صحة استناد الاحراق إلى الشخص مع انه فعل النار و ليس فيه تجوز ولا تسامح فالمراد من هذا الاشتراط ان يخدم البايع الزرع و يرفع الموانع و يحصل الشرائط بحيث يترتب عليها هذا الاثر .

ان قلت اذا لم تكن العلة بتمامها مقدورة فالمعلول غير مقدور حتى بالواسطة .

قلت هذا غلط الاترى إلى ان الاحراق الذى هو صفة في النار غير مقدور للشخص ومع ذلك فاسناده الى الشخص حقيقة مع ان كثيراً من الموانع خارج عن اختيار الشخص.

ان قلت فعلى هذا لا مانع من نفوذ هذا الشرط و صحته ولا وجه فيما ليس بمقدور قلت ان المناط احراز المقدورية بحسب مجارى العادات و قضائها بتهيأ الاسباب و هو في المقام منتف فان الآفات للزرع ليست بعزيزة .

و تبين مما حققناه ما فيما افاده (شيخنا قدس سره) تبعاً لمن عرفت قال بعد ما ذكر الشرط المذكور لكن الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع و البسر سنبلا و تمراً و الغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته كافعال الله سبحانه لا عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه لان الالزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا او عادة مما لا يرتكبه العقلاء و الاتيان بالقيد المخرج لذلك والحكم عليه بعدم الجواز و الصحة بعيد عن شأن الفقهاء و لذا لم يتعرضوا لمثل ذلك في باب الاجارة و الجعالة مع ان اشتراط كون الفعل سائغاً يغنى عن اشتراط القدرة .

نعم اشتراط تحقق فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين المحتمل وقوعه في المستقبل و ارتباط العقد به بحيث يكون التراضى منوطاً به و واقعاً عليه امر صحيح عند العقلاء مطلوب لهم بل اولى بالاشتراط من الوصف الحالى الغير المعلوم تحققه ككون العبد كاتباً او الحيوان حاملا و الغرض الاحتراز عن ذلك و يدل على ماذكرناه تعبير اكثرهم ببلوغ الزرع و البسر سنبلا و تمراً أو بصيرورتهما كذلك و تمثيلهم لغير المقدور بانعقاد الثمرة وايناعها و حمل الدابّة فيما بعد و وضع الحامل في وقت كذاو

غير ذلك انتهى .

وقد عرفت انه لا يلزم من الشرط المذكور ما ذكره من الالزام و الالتزام بفعل ممتنع عقلا او عادة فان غاية ما في الباب ان كون الشرط المذكور مقدوراً غير معلوم لا انه ممتنع و ليس الا من قبيل بيع العبد الابق وتغاير اشتراط كونه سائغاً مع اشتراط القدرة في كلامهم و عدم كونه من تفاصيله و فروعه ممنوع بل لا يخفى فساده لمن تدبر في كلماتهم .

و قوله نعم الخ من الغرائب حيث ان ارتباط العقد بالامر الخارج عن الاختيار ان كان بمعنى تعليقه عليه فهو مبطل له قطعاً و ان كان بمعنى جعله بمنزلة جزء من احد العوضين حتى يملك المشروط له ذلك الشرط على المشروط عليه كما هوالحال في الشرط الذى مرجعه إلى جعل الحق فهولا يجامع عدم كونه مقدوراً له والوصف المحتمل تحققه انما يعتبر عنوانا لمتعلق العقد و الفعل لا يصلح لان يجعل عنوانا فلا معنى لاشتراطه في متعلق الانشاء بوجه من الوجوه فقوله انه اولى بالاشتراط منه عجيب و يتضح هذا غاية الا تضاح بالتدبر فيما مر فتدبر .

و بعد ما عرفت ان ارتباط العقد بالفعل الخارج عن الاختيار غير معقول فلا يبقى مجال لمراجعة كلمات الاصحاب و استظهار مرامهم مع انها على ما حققناه ادل و اغرب من ذلك انه قال بعد كلام طويل ولا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفاً حالياً لا يعلم تحققه في المبيع كاشتراط كونه كاتباً بالفعل او حاملا للفرق بينهما بعدالاجماع بان التزام وجودالصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالى ولولم يعلما به فاشتراط كتابة العبد الخارجى بمنزلة توصيفه بها وبهذا المقدار يرتفع الغرر بخلاف ماسيستحق في المستقبل فان الارتباط به لا يدل على تحققه انتهى .

وانت ترى ان البناء على التحقق لايناط به الحكم والا لصح اشتراط غير المقدور اذا زعم المشروط عليه تحققه و اوقع المعاملة بناء على انه يتحقق و فسد فيما لو جهلا بتحقق الوصف لكن اوقعا المعاملة مع اعتباره مع انه واضح الفساد وانما الفرق ماحققناه من ان اشتراط الوصف الحالى المجهول تحققه عبارة عن اعتبار عنوان في متعلق الانشاء

قد يوجب تخلفه الفساد وقد يوجب الخيار على ما حققناه سابقاً و هذا غير معقول الا بالنسبة إلى الاوصاف .

و مما حققناه يظهر وجه ما حكى عن (الشيخ و القاضى قدس سرهما) من انه لو اشترط حمل الامة في المستقبل صح و اوجب تخلفه الخيار فان مرجعه الى اعتبار وصف حالى مجهول كالبكارة و من حكم بالبطلان (كالعلامة قدس سره) فقد نظر إلى اعتبار فعلية الحمل في المستقبل الخارج عن الاختيار .

و اما ما افاده (شيخنا قدس سره) من ان صحة الشرط في الفرض الاول للتأمل فيه مجال، لا يخفى ما فيه لمن تدبر وتأمل فيماحققناه .

و ظهر مما حققناه ايضاًوجه ما افاده (العلامة قدس سره) في (التذكرة)حيث قال بعد الجزم بصحة اشتراط بيعه على زيد لو اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتمل ثبوت الخيار بين الفسخ و الامضاء و العدم اذ تقديره بعه على زيد ان اشتراه انتهى ، فانالبيع علىزيد قد يكون بمعنى ايجاد العقد المتوقف على القبول و هو و ان كان بهذا الاعتبار غير مقدور للمشروط عليهابتداء حيث ان الاشتراء ليسفعلا له و لكن قد يحصل الوثوق بقدرة المشروط عليه على تحصيله كما هو الحال في جميع الافعال التوليدية بل جميعالافعال الاختيارية بالنسبة الىدفع الموانع الالهية المحتمل طروها وقد يكون بمعنى الايجاب فقط المقابل للشراء فعلى الاول يثبت الخيار عند التخلف و على الثانى لا يثبت إذا امتنع زيد من الشراء و ان امتنع المشروط عليه حينئذ من الايجاب ايضاً فان الغرض ان يكون باذلا للايجاب عند شرائه غير ممتنع من ذلك و الا فمطلق الايجاب لا يتعلق به غرض عقلائى .

فمرجع الاشتراط حينئذ الى استحقاق المشروط له الزام المشترى على تمكينه من بيع المال لزيد و من المعلوم ان هذا لامسرح له عند عدم اقدام زيد على الشراء فقول (العلامة قدس سره) اذ تقديره بعه على زيد ان اشتراه لا يرد عليه انه تعليق مبطل فانه من قبيل هى طالق ان كانت زوجتى و سيأتى تحقيق حال التعليق انشاء الله تعالى .

و مما ظهر مما تقدم ان اشتراط غاية متوقفة على سبب خاص كالزوجية والطلاق ليس داخلا في هذا العنوان فان النتيجة انما يصح اشتراطها لو كانت مما يتحقق بمجرد الاعتبار في الانشاء كملك المنافع والاعيان فان الاستحقاق مما يتحقق باعتباره في مثل البيع و اما ما ليس كذلك فلا معنى لاشتراطه وعدم نفوذ مثل هذا الشرط ليس الا الدلالة الدليل على انحصار سببه في شيء مخصوص و لعل هذا يزداد اتضاحا فيما سيأتي انشاء الله تعالى .

و منها اى من الشرايط التى تظهر من التأمل في ماهية الشرط وحقيقته ولا يتوقف اثباتها على جهة خارجية ان يلتزم به في متن العقد فان الحق الذى هو بمنزلة الجزء من احد الركنين كنفس الركن يحتاج الى الانشاء و لا يتحقق الا بكاشف فكما ان المبيع لا بد من ذكره في متن العقد فكذا ما اعتبر معه من صياغة الخاتم لاتحاد المناط.

نعم لو كان مرجع الشرط الى اعتبار الكيفية الصرفة ككون الحنطة جيدة والامة باكرة كفى في ثبوته ذكره قبل العقد والتبانى عليه فان تعيين العنوان كتعيين ذات الثمن و المثمن ولا وجه لذكره في المتن و هذا هو الجامع بين شتات كلمات الاصحاب و به يندفع الاشكال عن دعوى بعض الاجلة الاجماع على انه لا حكم للشرط المذكور قبل العقد الا ترى انهم يجوزون في باب الربوا والصرف الاحتيال في تحليل معاوضة احد المتجانسين بازيد منه ببيع الجنس بمساويه ثم هبة الزائد من دون ان يشترط ذلك في العقد و في باب المرابحة ان يبيع الشيء من غيره بثمن زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك الى البايع ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مرابحة اذا لم يشترطا ذلك لفظاً .

ولا ينافيه ما عن الشيخ والقاضى قدس سرهما من تاثير اشتراط سقوط الخيار قبل العقد فانك قد عرفت فيما تقدم ان مرجعه الى الاقدام على دفع الحق ولا يحتاج مثله الى انشاء بل يكفى فيه التبانى عليه والاتيان بالانشاء في هذا الحال فهو من قبيل اشتراط الضمان في العارية الراجع الى تعيين حال اليد على ما سلف بيانه (ولشيخنا قدس سره) في هذا المقام ما يظهر مافيه مما حققناه فتدبر .

و منها ان يكون مما فيه غرض معتد به بحيث يجعله من الحقوق فان مرجع هذا

الشرط الى ذلك و حقية الحق لا بد ان تكون متحققة في ذاته فان تاثير الشرط انما هو الجعل و الاثبات فلولم يكن بهذه المثابة لا يتحقق الاشتراط والتقييد بل انما هو صورة اشتراط ولهذا لا يوجب فساده فساد العقد ويصير لغواً وقد صرح جمع بان اشتراط الكيل اوالوزن بمكيال معين او ميزان معين من افراد المتعارف لغو و في (التذكرة) لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه ولا يزيد به المالية فانه لغو لا يوجب الخيار و حكى التصريح بالتفصيل بين ما كان فساد الشرط من جهة اللغوية و بين غيره فحكم بفساد العقد على الثاني دون الاول .

و انت خبير بأن هذا محصل كلمات (العلامة) بل جماعة من الاصحاب أيضاً والسر فيه أن جعل الاستحقاق مع العلم بعدم الحقية غير معقول فكما أن تمليك السماء لا يقدم عليه عاقل ولو صدر منه ما يدل عليه فهو غير قاصد للانشاء قطعاً فكذا انشاء استحقاق ما يعلم بعدم كونه من الحقوق و مجرد تعلق غرض من الشخص بشيء لا يجعله من الحقوق في نظره حتى يتصدى لتقييد انشائه به .

ان قلت ان الاطلاق والتقييد تابع لما يلاحظه المنشيء وليس له ضابط و انكار امكان تعلق الغرض بالتقييد بما لا يتعلق به غرض معتد به مكابرة .

قلت إنما يمكن التقييد وجعل الشيء بمنزلة الجزء من أحد العوضين إذا اشتبه الحال وزعم المنشيء كونه من الحقوق و اما لا مع ذلك فالانشاء في الحقيقة مطلق عند التأمل غاية الامر انه مقارن بماراده الشارط وهذا كالشرط المتقدم فان الانشاء غير مقيد به و إن كان ملتفتاً إليه معتقداً تقييده به و هذا لا يظهر الا لمن له لطف قريحة .

و منها أن لا يكون مخالفاً للكتاب و السنة كرقية حراو توريث اجنبي و وجه عدم نفوذ هذا الشرط اوضح من ان يبين حيث ان ما حكم الله تعالى على خلافه ليس من الحقوق فلا معنى لجعله بمنزلة الجزء من احد العوضين مثلا فحقيقة الاشتراط غير متحققة كبيع ما ليس من الاموال لا انه مستثنى من العمومات و ما ورد في الاخبار من الاستثناء فمرجعه الى ما حققناه كما لا يخفي على الخبير .

منها النبوى المروى صحيحاً عن (ابي عبدالله عليه السلام من اشترط شرطاً سوى كتاب

الله عز وجل فلا يجوز ذلك له ولا عليه) و من طرق العامة في حكاية بريرة لما اشترتها عايشة وشرط مواليها عليهاولاءها: ما بال اقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل قضاء الله احق و شرطه اوثق والولاء لمن اعتق .

و في رواية (محمد بن قيس) عن (ابى جعفر عليه السلام) فيمن تزوج امرأة واشترطت عليه ان بيدها الجماع والطلاق قال خالفت السنة و وليت حقا ليست اهلاله فقضى ان عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنة و في معناها مرسلتا (ابن بكير) و (ابن مروان) .

وفي رواية (ابراهيم بن محرز) قال قلت لابى عبدالله عليه السلام رجل قال لامرأته امرك بيدك فقال عليه السلام انى يكون هذا و قد قال الله تعالى [الرجال قوامون على النساء] .

وعن تفسير العياشي عن (ابن مسلم) عن (ابى جعفر عليه السلام قال قضى اميرالمؤمنين عليه السلام في امرأة تزوجها رجل و شرط عليها و على اهلها إن تزوج عليها او هجرهااواتى عليها سرّية فهي طالق فقال عليه السلام شرط الله قبل شرطكم ان شاء وفى بشرطه و ان شاء امسك امرأته وتزوج عليها وتسرّى وهجرها ان اتت بسبب ذلك) قال الله تعالى[فانكحوا ماطاب لكم من النساء ـ و احلت لكم ما ملكت ايمانكم ـ واللاتى تخافون نشوزهن الاية] .

فظهر ان الشرط مخالف لكتاب الله عبارة عما كان متعلقه ما ينافي لما كتبه الله على عباده ككون الولاء لغير المعتق وكون امر المرئة بيدها وغيرهما مما ذكر في الاخبار و ما ضاها ها .

ان قلت : ان اعتبار حكم مخالف لما ورد من الشرع في الانشاء غير معقول حيث ان الشرط من قيود متعلقه و تقييد الثمن بكون ولاء المبيع للبايع الذى هو بمنزلة الجزء منه فرع اعتقاد المتعاقدين كونه مما يملكه المشترى والمفروض ان كون الولاء للبايع مما لا يملكه الا الشارع و هو أيضاً لا يلتزم به .

قلت نعم ولكن انما يصدر مثل هذا الشرط عمن يزعم كون الولاء من الحقوق

و ان زمامه بيد المعتق يجعله لمن يشاء كساير الاملاك فالشارع ينبه على انه حكم وليس مما يتغير بالشرط والله الهادى .

والفرق بينه و بين تحليل الحرام ان متعلق الشرط على هذا فعل اختيارى كعصر الخمر و عمل الصنم المخالف للكتاب و اما تحريم الحلال فهو من فروع الشرط السابق و هو كونه مما لا يتعلق به غرض معتد به كاشتراط الزوج للزوجة ان لا يتزوج ولا يتسرى فان ترك التزويج والتسرى من الزوج وان كان مما يتعلق به الغرض الا انه ليس من الحقوق فان النسبة بين الحق و ما فيه غرض معتد به عموم من وجه والامر العدمى لا يكون حقاً الا اذا كان مرجعه الى الوجودى و كان ملحوظاً من هذه الحيثية كشرط الشخص على جاره ان لا ينقض جداره فان المشروط انما هو ابقاء الجدار و اعتبار هذا الترك من جهة انه سبيل اليه و اما ترك التزويج والتسرى فهو محبوب للزوجة من حيث انه امر عدمى والعدم الصرف ليس من الحقوق و ان تعلق به غرض اعظم مما يتعلق بالحقوق .

مثلا اذا كان اكل الجبن وشرب الخل مبغوضاً لشخص لم يصح اشتراط تركه على احد من حيث أنه مما يتعلق به الغرض بل اشتراط ترك الاحسان الى من يكره الاحسان اليه غير نافذ حيث انه ليس من الحقوق والحاصل ان الفقيه النبيه لو تامل في جهات المسئلة تحقق له ان الحقية لا تتحقق في العدمى لا اقول ان كل امر وجودى يتعلق به غرض نوعى او شخصى من الحقوق بل اقول ان العدمى من حيث هو كذلك ليس من الحقوق و مجرد امكان ان يلاحظ فيه حيث الوجودية والتعبير عنه بعبارة ايجابية لا يكفى في ذلك بل لا بد ان يكون ملحوظ الجاعل جهة الوجود كما هو الحال في اشتراط ان لا ينقض الجدار .

و منها ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد بمعنى ان لا يكون بحيث يعود عليه بالنقض كاشتراط الضمان في الوديعة ووجه اعتباره أيضاً في غاية الوضوح حيث ان الانشاء لا يتحقق حينئذ لتهافت طرفي الكلام انما الاشكال في الضابط الذى به يمتاز المنافي عن غيره فان فحول الاصحاب في المقام في غاية الاضطراب .

ففى (جامع المقاصد) المراد بما ينافي مقتضى العقد ما يقتضى عدم ترتب الأثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو بحيث يقتضيه و رتبه عليه على انه اثره و فائدته التى لاجلها وضع كانتقال العوضين الى المتعاقدين و اطلاق التصرف لهما في البيع و ثبوت التوثق في الرهن والمال في ذمة الضامن بالنسبة الى الضمان و انتقال الحق الى ذمة المحال عليه في الحوالة و نحو ذلك .

فلو شرط في البيع ان يبقى في ملك البايع لكان ذلك منافياً لما جعل الشارع عقد البيع واقعاً عليه مقتضياً له و مثله ما لو شرط ان لا ينتفع بالمبيع اصلا او لا يبيعه ابداً او لا يعتقه كذلك او لا يطأ الجارية كذلك ايضاً و نحو ذلك لان الغرض الاصلى من انتقال الملك انما هو اطلاق التصرفات فاذا شرط عدمها او عدم البعض اصلا نافى مقتضى العقد .

فان قلت فعلى هذا لوشرط عدم الانتفاع زمانا معيناً يجب أن لا يكون صحيحاً لمنافاته مقتضى العقد اذ مقتضاه اطلاق التصرف

قلت لا يلزم ذلك لان اطلاق التصرف يكفى فيه ثبوت جوازه وقتاً ما فما دام لا يشترط المنع مطلقا لايتحقق المنافي ويمكن ان يقال اثرالملك من حيث هو هو التصرف في كل وقت فاشتراط المنع وقتاً ما ينافي مقتضى العقد و دفع ذلك لا يخلو من عسر وكذا القول في نحو خيار الحيوان مثلا فان ثبوته مقتضى العقد فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافياً لمقتضاه مع ان اشتراط ذلك جايز ولا يمكن ان يراد بمقتضى العقد مالم يجعل الا لاجله كانتقال العوضين في البيع الذى هوالاثر الحقيقى له لان ذلك ينافي منع اشتراط ان لا يبيع المبيع مثلا والحاسم لمادة هذا الاشكال ان الشروط على اقسام .

منها ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة و فساد فلا عدول عنه .

و منها ما وضح فيه المنافات للمقتضى كشرط عدم الضمان عن المقبوض بالبيع او وضح مقابله ولا كلام في اتباع ما وضح .

و منها ما ليس واحد من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه انتهى .

وقال عند شرح قول (المصنف قدس سره) والضابط الخ قد يتوقف في صحة هذا الضابط

فان منافات اشتراط عدم الهبة للشرع غير ظاهر اذ يشرع كون الشيء مملوكا ولا يهبه مالكه و سوق كلامه يقتضى اندراج هذا و ما قبله في الضابط فان قلت منافاته من جهة منعه من الهبة قلت منعه من الهبة ان اريد به بالنسبة الى العقد المعرّى عن الشرط فهو وارد في كل شرط لانه مخالف لمقتضى العقد الخالى منه و ان اريد بالنسبة الى العقد المتضمن له فهو غير واضح انتهى .

فهو قدس سره كما ترى عجز عن بيان الضابط والتحقيق ان ترك التصرف قد يكون من الحقوق كما اذا شرط بايع الامة على المشترى ان لا يبيعها ولا يهبها من غيره ارفاقاً بحالها مخافة ان يملكها من لا يحسن اليها فان مرجع هذا الشرط الى ابقاء الامة في ملك المشترى و ليس الغرض ترك التصرف في الامة من حيث هوهو و قد عرفت ان هذا كابقاء الجدار للجار من الحقوق

ومن المعلوم ان استحقاق الابقاء المستتبع لحرمة التصرف المنافي كالنقض او عدم نفوذه من غير اذنه كالبيع والهبة في الامة لا ينا في سلطنة المالك على ماله من حيث هو كذلك بل مؤكد له حيث ان رب المال بمقتضى قوة سلطانه جعل هذا الحق للمشروط له فهذا الشرط يقع على وجهين: ينافي مقتضى العقد من جهة و يؤكده من اخرى .

نعم عد المنافي منه من المحرم للحلال المندرج فيما لا يتعلق به غرض يعتد به احسن و اجمل و مثال المنافي انما هو شرط الضمان في الوديعة وعدمه في البيع و لكنه ليس حكماً لموضوع البحث اى الشرط الذي مرجعه الى جعل الحق و انما هو من شرايط ما يرجع الى اعتبار الكيفية .

و كانه الى ما حققنا ينظر ما في (التذكرة) من الاستشكال في المسئلة قال قد بينا ان كل شرط ينافي مقتضى العقدفانه يكون باطلامثل ان يشترى جارية بشرط ان لاخسارة عليه و معناه انه متى خسر منها فضمانه على البايع وكذا لو شرط عليه ان لا يبيعها على اشكال أولا يعتقها على إشكال اولا يطأها فان هذه الشروط باطلة لمنافاتها مقتضى العقد فان مقتضاه ملك المشترى و النبى صلى الله عليه وآله قال (الناس مسلطون على اموالهم) انتهى .

فان استشكاله في خصوص هذا النوع من الشرط انما هو من جهة عدم تمحضه في

تحريم الحلال بل يمكن ان يكون المال امراً وجوديا من الحقوق وتدل على ذلك مرسلة (جميل) وصحيحة (الحلبي) عن احدهما عليهما السلام في الرجل يشترى الجارية ويشترط لاهلها ان لا يبيع ولا يهب ولا تورث قال قضى بذلك اذا اشترط لهم الا الميراث و في صحيحة اخرى (للحلبي) عن (ابى عبدالله عليه السلام) عن الشرط في الاماء لا تباع ولا توهب قال يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث و كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فهو رد .

فظهر انه يمكن ان يستحق البايع على المشترى ترك بعض انواع التصرف بالشرط و ان اشتراط ترك البيع والهبة انما يفسد على احد التقديرين لانه تحريم للحلال وهذا مراد من ابطله لكونه منافياً لمقتضى العقد هذا ما هو الحق في هذه الشروط الثلاثة و كلمات الاصحاب فيها في غاية الاضطراب لا بأس بالاشارة اليها فنقول

اختلفوا في تفسير تحليل الحرام و تحريم الحلال على اقوال بعد ما زعموا ان اشتراط خيار الفسخ ونظائره من تحليل الحرام و ان اشتراط عدم الفسخ تحريم للحلال فحكم بعضهم بالاجمال وقيل ان المراد التحليل الظاهرى للحرام الواقعى و بالعكس و قيل المراد بالحلال والحرام ما هو كذلك باصل الشرع من دون توسط العقد و استشهد لذلك باتفاقهم على صحة شرائط خاصة تكون منافية لمقتضى العقد كاشتراط عدم الانتفاع مدة معينة و سقوط خيار المجلس والحيوان وما شاكله ولا ريب ان قبل الشرط بمقتضى العقد يحل الانتفاع مطلقا والرد في زمان الخيار و يحرم بعده فقد حرمت الشروط ما كان حلالا بتوسط العقد قبله و على هذا فالضابط في الشروط التى لم تحرم الحلال باصل الشرع و بالعكس هو الجواز إلا ان يمنع عنه مانع .

و قال (الفاضل القمى قدس سره) في اجوبة مسائله ان الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس القاعدة و سيأتى كلامه مفصلا و (النراقى قده) كغيره في (عوائده) زعم اتحاد الشرط المحرم للحلال والمحلل للحرام مع المخالف للكتاب والسنة حيث قال بعد ما نقل الوجوه المتقدمة في تفسير الاول وكل هؤلاء اخطأوا الطريق في فهم الحديث مع انه ظاهر على فهمى القاصر غاية الظهور كما يظهر مما ذكرناه في بيان مخالف الكتاب والسنة .

والحاصل ان عبارة الامام عليه السلام هكذا ان المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالا او احل حراماً، و فاعل حرم و احل هو الشرط فالمستثنى شرط حرم ذلك الشرط الحلال اواحل الحرام وهذا انما يتحقق مع اشتراط حرمة حلال اوحلية حرام لامع اشتراط عدم فعل حلال فانه لو قال بعتك هذا و شرطت عدم جواز التصرف في المبيع او حرمته او حلية النظر الى وجه زوجتك يكون الشرط حرم الحلال او احل الحرام بخلاف ما لو قال و شرطت عدم التصرف في المبيع فان الشرط لم يحرم التصرف نعم لو اجاز الشارع ذلك الشرط فاجازته و ايجاب الشارع الوفاء به حرم الحلال ولم يقل الاشرط حرم ايجابه حلالا انتهى .

و قال (المحقق الشيخ على الغروى قدس سره) في شرحه على (اللمعة) في جملة كلام له لا يقال ان هذا الشرط مما حلل حراماً لانا نقول المراد به الحرام الاصلى الذى لا يهدمه الشرط لاكل ماكان حراما بدون الشرط والا لم يسلم شرط من الشروط والمراد بالحرام الاصلى ما جاء فيه دليل بالخصوص لا ما دخل تحت قاعدة تقتضى التحريم من استصحاب وغيره فان دليل الشرط محكم عليها او ثبوت الغايات بالعقود والايقاعات مثلالا ينفى ثبوتها بما عداها بل اقصى ما هناك انه يبقى ثبوتها بما عدا ذلك داخلا تحت القواعد العامة من استصحاب بقاء الملك وكون الاحكام الشرعية تكليفية او وضعية توقيفيه فاذا جاء دليل الشرط سوّغها انتهى .

و هذا هو محصل ما في العناوين و تبعهما في هذا المسلك (شيخنا قده) زاعماً اندراج تحليل الحرام و تحريم الحلال في مخالف الكتاب والسنة كشيخه (النراقى قدس سره) مخالفاً له في تعميمه بالنسبة الى الافعال الاختيارية حيث ان شيخه قدس سره لم يلتزم بفساد مثل اشتراط ترك التزويج و التسرى الا لدليل خاص و جزم بعدم شمول الاخبار له فهو موافق له في اختيار عدم تباين العنوانين مخالف له في التعميم حيث ان مختار شيخه قدس سره ان الالتزام بالمعصية ليس مخالفة للكتاب والسنة فكيف حال الالتزام بترك المباح غاية الامر انه يحصل التعارض على الاول بين دليل وجوب الوفاء بالشرط و بين دليل الحرمة والوجوب .

ثم قال ان المتصف بمخالفة الكتاب اما نفس المشروط والملتزم ككون اجنبي وارثاً وعكسه و كون الحر او ولده رقاً و ثبوت الولاء لغير المعتق و نحو ذلك و اما ان يكون التزامه مثلا مجرد عدم التسرى والتزويج على المرأة ليس مخالفاً للكتاب وانما المخالف الالتزام به فانه مخالف لاباحة التسرى و التزويج الثابتة بالكتاب وقد يقال ان التزام ترك المباح لاينافي اباحته فاشتراط ترك التزويج والتسرى لاينافي الكتاب فينحصر المراد في المعنى الاول .

وفيه ان ماذكر لايوجب الانحصار فان التزام ترك المباح وان لم يخالف الكتاب المبيح له الا ان التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرم له فيكفى هذا مصداقاً لهذا المعنى مع ان الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك التزويج والتسرى مخالفاً للكتاب مستشهداً عليه بما دل من الكتاب على اباحتهما كالصريحة في هذا المعنى، و ما سيجىء من تأويل الرواية بعيد مع ان قوله عليه السلام في رواية (اسحق ابن عمار) المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا اواحل حراماً ، ظاهر بل صريح في فعل الشارط فانه الذى يرخص باشتراطه الحرام الشرعى و يمنع باشتراطه عن المباح الشرعى، اذ المراد من التحريم والاحلال ما هو من فعل الشارط لا الشارع .

و اصرح من ذلك كله المرسل المروى في (الغنية) الشرط جايز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب او سنة ثم ان المراد بحكم الكتاب والسنة الذى يعتبر عدم مخالفة المشروط او نفس الاشتراط له هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغيره بالشرط لاجل تغير موضوعه بسبب الاشتراط .

توضيح ذلك ان حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه و مجرداً عن ملاحظة عنوان آخر طار عليه ولازم ذلك عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له اذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع ومثال ذلك اغلب المباحات والمستحبات والمكروهات بل جميعها حيث ان تجويز الفعل والترك انما هو من حيث ذات الفعل لا ينافي طرو عنوان يوجب المنع عن الفعل او الترك كاكل اللحم فان الشرع قد دل على اباحته في نفسه بحيث لا ينافي عروض التحريم له اذا حلف على تركه او امر الوالد بتركه

او عروض الوجوب له اذا صار مقدمة لواجب او نذر فعله مع انعقاده و قد يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجية الطارية عليه و لازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له .

و هذا نظير اغلب المحرمات والواجبات فان الحكم بالمنع عن الفعل او الترك مطلق لا مقيد بحيثية تجردالموضوع الا عن بعض العنوانات كالضرر والحرج فاذا فرض ورود حكم آخرمن غيرجهة الحرج والضررفلابد من وقوع التعارض بين دليلى الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه او بالخارج انتهى .

و للاصحاب في المقام مسالك اُخر متضح الفساد ويزداد اتضاحا بعد ما نوضح ما فيما مر فنقول بعون الله و مشيته :

اما من زعم الاجمال فيزول شكه ببيان الحال و اما من زعم ان المراد مخالفة الظاهر للواقع فشبهته بينة الوهن حيث ان الشارط العالم بحكم الشارع لا يعقل ان يجعل حكماً على خلاف ما يعلمه فان جعل الحكم الظاهرى لا يعقل من غير الشارع مع انه من الشارط العالم بالمخالفة غير معقول فان الحكم الظاهرى يعتبر الجهل في موضوعه و ان كان غرضه التشريع فمع انه خلاف ما هو المتعارف من تحريم الحلال و تحليل الحرام في الشروط و غير منطبق على اخبار الباب - ضرورة ان الالتزام بترك التزويج والتسرى ليس من هذا القبيل بل الالتزام بكون الولاء للبايع أيضاً ليس على وجه التشريع بل انما هو بزعم كون الولاء من الحقوق و كون المشترى مالكا لجعله للبايع حيث انه من حقوقه على ما حققناه سابقاً، يرد عليه انه على هذا فهو حكم واقعى مخالف لما جعله الشارع ولا معنى لكونه حكماً ظاهريا .

و اما تفسير الحلال والحرام بما هو كذلك من دون توسط العقد ففيه مع انه يستلزم عدم جواز اشتراط عدم نقض الجدار في بيع الامة مثلا و نظائره والتفصيل بين اشتراط ان لا يبيع الامة ولا يهبها في ضمن بيعها و بين اشتراطهما في غيره بعد ما ملكها بعقد آخر او ميراث و نحوه حيث ان جواز البيع والهبة ليس بتوسط هذا العقد و ان ابيت الا عن كونه ثابتاً لا بتوسط عقد اصلا فنقتصر بالنقض بما كان بواسطة الاسباب

كالميراث ولا يكاد يلتزمهما متفقه فضلا عن فقيه ، انه جزاف .

و ما استدل به فاسد لما عرفت من انه مشترك بين القسمين حيث ان جواز اشتراط ان لا ينقض الجدار و امثاله ايضاً من الواضحات فكيف يدل تجويزهم اشتراط عدم الانتفاع مدة معينة و سقوط الخيار على اختصاص الاخر بالمنع مع ان التفصيل بين ترك الانتفاع مطلقا او مدة معينة و تخصيص الثانى بالجواز لا محصل له و ان ارسله ثانى المحققين قدس سره فيما تقدم ارسال المسلمات .

ومثل بعض المحققين لاشتراط عدم الانتفاع في زمان معين بان يشترط البايع على المشترى لنفسه سكنى الدار و انت خبير بان صحة هذا الشرط انما هى لكونه وجوديا مستلزماً للمنع من التصرف و مثله جايز و ان استتبع المنع من التصرف دائماً كاشتراط الوقف والعتق وليس المصحح تعين زمان المنع وعدم اطلاقه وكذا اشتراط سقوط الخيار ليس من تحريم الحلال بل انما هو اعتبار سقوط الحق و ارتفاع امر وضعى وليس فيه التزام بترك فعل والمثال المطابق انما هو الالتزام بترك الفسخ فافهم .

و اما ما افاده (المحقق القمى قدس سره) فتوضيح ما فيه يتوقف على نقل تمام ما افاده كى يكون الناظر على بصيرة قال فاعلم ان الشرط الجايز والشرط الغير الجايز محتمل كل منهما ثلثة معان الاول كون ما يشترط في العقد مع قطع النظر عن الشرط جايزاً او غير جايز والثانى كون اشتراطه جايزاً اعنى به التزامه او غير جايز والثالث ورود جواز اشتراطه في العقد من الشارع او عدمه و قد يجتمع بعض هذه الاقسام مع الآخر في مادة و قد يفترق عن الاخر والظاهر ان موضوع المسئلة و ما يبحث عنه في هذا المقام هو المعنى الثانى و هو متضمن للمعنى الاول ايضاً و هو اللايق بان يكون قاعدة في الباب .

واما المعنى الثالث فانه وان كان لااشكال في البناء على ماورد به النص من الجواز و عدمه لكنه خارج عن المبحث لعدم الاطراد الى ان قال و من امثلة ما يكون الشرط مع قطع النظر عن شرطيته غير جايز هو شرط الخمر والزنا و نحوهما من المحرمات.

و من امثلة ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرمات هو فعل المرجوحات

و ترك المباحات و فعل المستحبات كان يشترط تقليم الاظفار بالسن ابداً و ان لا يلبس الخز ولا يترك النوافل فان جعل المكروه او المستحب واجباً وجعل المباح حراماً حرام الا برخصة من الشارع حاصلة من احد الاسباب كالنذر والعهد و اليمين فيما ينعقد فيه و يستفاد ذلك من كلام (على عليه السلام) في رواية (اسحق بن عمار) انه كان يقول من شرط لامرأته شرطاً فليف بها فان المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالا او احل حراماً .

فان قلت ان الشرط كالنذر والعهد و نحوهما من الاسباب الشرعية المغيرة للحكم بل الغالب فيه هو ايجاب ما ليس بواجب فان بيع الرجل ماله اوهبته لغيره مباح واما لو اشترط في ضمن عقد بيع آخر فيصير واجباً فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرت من الامثلة .

قلت الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تاسيس القاعدة و هو تعلق الحكم بالحل او الحرمة مثلا بفعل من الافعال على سبيل العموم من دون النظر الى خصوصية فرد فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلى وهكذا حلية البيع فالتزويج والتسرى مثلا امر كلى حلال والتزام تركه مستلزم لتحريمه بل و كذلك جميع احكام الشرع من الطلبية والوضعية وغيرهما و انما يتعلق الحكم بالجزئيات باعتبار تحقق الكلى فيها .

فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحلال المنهى عنه هو ان يحدث قاعدة كلية و يبدع حكماً جديداً فقد اجيز في الشرع البناء على الشروط الا شرطاً اوجب ابداع حكم كلى جديد مثل تحريم التزويج والتسرى و ان كان بالنسبة الى نفسه فقط و قد قال الله تعالى [فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع] وجعل الخيرة في الجماع والطلاق بيد الزوجة و قد قال الله تعالى [الرجال قوامون على النساء] وسيجيء في هذا المعنى رواية ايضاً و فيما لو شرطت عليه ان لا يتزوج عليها فلانة او لا يتسرى بفلانة خاصة اشكال . فلزوم البيع الخاص الذى يشترطانه في عقد بيع ليس مما يوجب احداث حكم البيع ولا تبديل حلال الشارع و حرامه و هكذا لو شرط نقص الجماع

عن الواجب كما سنشير اليه .

و مما يشير الى ما ذكرنا ما ذكروه في كتاب الصلح فانهم بعد ما رووا عن النبى صلى الله عليه وآله ان الصلح جايز بين المسلمين الا صلحاً احل حراماً او حرم حلالا و فسروا تحليل الحرام بالصلح على استحقاق حر او استباحة بضع لا سبب لاباحته غيره او ليشربا او احدهما الخمر ونحو ذلك و تحريم الحلال بان لا يطأ احدهما حليلته او لا ينتفع بما له و نحو ذلك .

و بالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطانه من الشروط الجائزة ليس من تحليل حرام او تحريم حلال او ايجاب جائز او نحو ذلك على سبيل القاعدة بل يحصل من ملاحظة جميع موارده حكم كلى شرعى وحصوله ليس من جانب شرطهما حتى يكون من باب تحليل الحرام و تحريم الحلال بل انما هو صادر من الشارع مستقلا الى ان قال مع ان عدم التزويج و عدم التسرى وان كان مباحاً لكن التزامه مرجوح لان ذلك المباح راجح والتزام ترك الراجح مرجوح بل حرام كما ذكروه في ترك جميع المستحبات بل و ترك صنف منها رأساً كالجماعة او النوافل انتهى .

هذا بعض كلامه ولا محصل له بطوله بل فيه ما هو خلاف الضرورة كحرمة الالتزام بفعل المستحب و ترك المباح فلو شرط على احد ان يأتى بالرواتب ما يحتمل فيه حياته كخمسين سنة مع تعيينه في الانشاء صح قطعاً و استحق عليه ذلك كما لو استأجره على ذلك و كذا الحال في اشتراط ان لا ينقض الجدار او لا يبيع الدار اذا كان فيه غرض عقلائى للجار والفرق بين الكلى والجزئى مع وضوح فساده جزاف .

و ما زعمه مدركا له من ان الحكم انما يتعلق بالكلى ابتداء و بالفرد ثانياً و بالتبع كما يفصح عنه قوله و انما يتعلق الحكم بالجزئيات باعتبار تحقق الكلى فيها مع فساده في نفسه لا يدل على ذلك حيث ان كون متعلق الحكم كلياً لا يستلزم العموم بل ربما ينحصر في فرد باعتبار التقييد وما استدل به لحرمة الالتزام بترك المباح من ذيل رواية (اسحق) فلا ربط له بمرامه فان مقتضى الاستثناء انما هو عدم النفوذ وعدم وجوب الوفاء لا الحرمة .

وبالجملة فان دخل ترك المباح وفعل المستحب في حقوق المشروط له صح اشتراطه مطلقا على سبيل العموم والخصوص و يدل على نفوذه ما دل على صحة العقد المتضمن له و عموم المؤمنون والا فلا معنى لاشتراطه ولا حاجة في اثبات عدم نفوذه الى التمسك بدليل و بالجملة فهذا تفصيل عليل مخالف للاجماع وحرمة التزام ترك الراجح خلاف الضرورة والتعبير عن هذا النحو من الالتزام بابداع حكم جديدلا يجعله بدعة حيث ان الملتزم بترك التزويج لا يريد تشريع حكم لموضوع بل انما غرضه احداث عنوان بالاشتراط كي يترتب عليه حكم الشارع بوجوب العمل عليه كساير الاسباب من العقود والايقاعات و يكفى في نفوذه ما عرفت فقوله ان هذا النحو من الالتزام بدون اذن الشارع حرام لا يكاد يظهر له محصل ولا اختصاص للنذر و اخويه في حصول الرخصة ولا فرق في شمول رواية اسحق و اشباهه بين النذر و اخويه و غيرها كالصلح و الشرط بل ورد انه لا يمين في تحليل الحرام و تحريم الحلال و علل بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائماً بانه ليس لك ان تحرم ما احل الله .

و بهذا يظهر فساد ما اجاب به عما اورده على نفسه من سؤال الفرق بين الشرط و غيره و محصله التفصيل بين ما اوجب تاسيس قاعدة و ابداع حكم جديد و بين غيره فان الوجهين يجريان في غير الشرط ايضاً و اختصاص تاسيس القاعدة و احداثه بالمنع مع انه بديهى البطلان لا يستلزم اختصاص هذا النحو من الشرط بالمنع .

ومن الغريب ما فرق به بين احداث القاعدة والالتزام بشيء خاص من ان التحريم مثلا في الاول مستند الى الشارط و في الثانى الى الشارع حيث قال و بالجملة اللزوم الحاصل الخ فان عموم ما التزم به الشارط لا يغنيه عن تنفيذ الشارع لالتزامه واى فرق بين الالتزام بترك التزويج رأساً و بينه بالنسبة الى امرأة مخصوصة او على نحو خاص فهل يتوهم احد نفوذ الاول من غير تنفيذ الشارع و انه لا يتوقف على التمسك بعموم المؤمنون و نحوه .

و بالجملة الالتزام بترك فعل مغاير لتشريع الحكم بالضرورة ولا فرق في كونه موضوعا للحكم الشرعى بالتنفيذ و عدمه بين كونه على سبيل العموم والخصوص ولو

كان مجرد الالزام بترك المباح كافياً في تحقق عنوان تحريم الحلال فلم لا يلتزم به اذا كان ملحوظاً على نحو خاص و كيف يتوهم ان عموم المتعلق اوجب صحة نسبة التحريم الى الملتزم .

و ببيان آخر التحريم مثلا على وجهين : الاول نهى الغير عن الفعل ، والثانى منع النفس عنه بالالتزام بالترك فان كان المراد في المستثنى هو الاول لم يتناول الالتزام بترك المباح و ان كان احداث قاعدة و ان كان الثانى عم القسمين اى ما كان على سبيل احداث القاعدة و ما كان على وجه خاص و ان كان المراد الاعم من منع النفس و منع الغير ارتفع الفرق عن البين ايضا حيث ان هذا المعنى في الالتزام بالترك الخاص موجود ايضا و منه يعرف الحال في تحليل الحرام و ايجاب غير الواجب فافهم .

وحرمة ترك جميع المستحبات فضلا عن نوع خاص ولو على سبيل الالتزام ممنوعة الا اذا انطبق عليه محرم كالاهانة بالدين او البدعة و مما حققناه يظهر ما في بقية كلامه زاد الله في علو مقامه فلاحظ و تفطن .

واما ما في العوائد فهو اوضح فساداً مما افاده ذلك المحقق حيث ان الاخبار تنادى باعلى صوتها بفساده و كذا كلمات العلماء فان اشتراط ان لا يتزوج ولا يتسرى الذى علل في الاخبار فساده بانه تحريم للحلال لم يتعلق الا بالترك فهل يخفى على احد ان قولنا لا يتزوج سلب للتزوج فاذا تعلق به الشرط كان المشروط ترك التزوج لاحرمته و هذا بعينه هو الذى حكم في الروايات بانه تحريم للحلال لا اشتراط كون التزويج محرما على الزوج .

وكذا الحال فيما مثل به الاصحاب في كتاب الصلح لتحليل الحرام و هو ان لا يطأ حليلته اولا ينتفع بماله مع ان هذا الشرط لا معنى له اصلا ولا يقع من العقلاء قطعا بل انما هو مجرد خيال و تعبير فان اعتبار شيء من طرف الزوجة في العقد مرجعه الى اخراج العلقة عن الاطلاق الى التقييد ولا يتعقل ذلك الا بان يكون ما اعتبره من الحقوق كالصياغة و الكتابة حتى يصير بمنزلة الجزء من المهر او يكون كيفية في

الزوج حتى يكون محققاً للعنوان كما هو الحال في الشرط الذى مرجعه الى التوصيف منوعا كان او مشخصاً كما هو الحال في اشتراط الزوج على الزوجة ان تكون بنت مهيرة فان مرجعه الى اعتبار عنوان في الزوجة يوجب تخلفه الخيار كما هو الحال في كل وصف مشخص .

و كون التزوج محرماً شرعا ليس داخلا في شيء من القسمين فلا معنى لاشتراطه بل اقول انه لا معنى له على ما زعمه ايضاً كغيره من ان الشرط بمعنى الالزام والالتزام في البيع و نحوه حيث ان ما لا يرجع الى الاختيار لا يتعلق به الالزام و الالتزام فليس الالتزام بكون الشيء حراماً في الشريعة الا كالالتزام بكون السماء فوقنا و الشمس مشرقة بل هو بالالتزام بكون السماء تحتنا و الشمس مظلمة اشبه .

نعم ما ذكره هو المقصود بمخالف الكتاب و السنة و لما زعم ان الثانى اخص مطلقاً من الاول ولم يظهر له التباين و كان هذا التقرير في الاول في غاية الوضوح قال وكل هؤلاء اخطأوا الطريق في فهم الحديث مع انه ظاهر على فهمى القاصر غاية الظهور كما يظهر مما ذكرناه في بيان مخالف الكتاب و السنة الخ .

و ما استدل به من ان تحريم الحلال انما يستند الى الشرط لو كان المشروط نفس الحكم وهو الحرمة لامتعلقه فان المحرم حينئذ هو الشارع اذا أمضى الشرط، فيه ان التحريم انما هو المنع فمعنى تحريم الشرط كونه مانعاً عنه و هو مجاز يعنى ان الشخص بشرطه يحرم شيئاً على نفسه و هذا معناه في اللغة و العرف ولا يناط صدق كون الشرط محرماً للحلال بتعلقه بالحرمة و ان يقول بشرط ان يكون التزوج حراماً الا ترى إلى قوله تعالى [الا ما حرم اسرائيل على نفسه] و قوله تعالى [قالوا ان الله حرمهما على الكافرين] و قوله عز من قائل [يا ايها النبى لم تحرم ما احل الله لك] فان المقصود في الجميع الحرمان و المنع فان اسرائيل لم يكن مشرّعاً وليس [شرب ماء الجنة و رزقها محرماً على الكافرين بالحكم التشريعى] (١) ولا النبى ص صدر منه الا الالتزام بترك شرب العسل .

---

(١) كان محله بياضاً فأتممناه بقرينة السياق .

و من الغرائب التزامه بوقوع التعارض بين ادلة الشروط و بين ادلة حرمة المحرمات كشرب الخمر اذا تعلق به الشرط وقد اطال في المقام بما لا يحصل منه الا العجب فلاحظ و اعتبر .

واما ما افاده (المحقق الغروى) فيظهر ما فيه بما نورده على (شيخنا قدس سره) فانه يؤل اليه و ان احتمل تغاير المسلكين ايضاً .

و اما ما افاده شيخنا قدس سره ففيه انه ليس في الشريعة حلال لا يتغير حكمه بطرو العناوين مع ان من المعلوم ان العسل مما يمكن ان يصير حراماً على الشخص وببيان آخر لو خفى الفرق بين اباحة التزويج و غيره و توهم ان له امتيازاً من بين المباحات و ان اباحته بمثابة لا تتغير بالشرط وغيره فعدم كون العسل من هذا القبيل واضح بل مفاد الاية الشريفة انما هو عدم تنفيذ هذا الالتزام من حيث انه تحريم لحلال من المحللات لامن حيث تحريم هذا الشخص من الحلال لخصوصية فيه و منشأ هذه الشبهة ما زعمه تبعاً للعوائد من انه اخص مطلقا من مخالف الكتاب وان المخالفة لا تتحقق الا على هذا النحو ضرورة ان جواز الشيء في حد نفسه لا ينافى طرو عنوان عليه يوجب حرمته أو وجوبه اوكراهته او استحبابه مع ان من اجلى الضروريات ان المباحات على نسق واحد و انه ليس في الشريعة مباح لا يتغير حاله بحسب العناوين و انه لا يستفاد من قوله تعالى لم تحرم ان للعسل في اباحته امتيازاً من غيره بل التحقيق ما عرفت من ان تحريم الحلال عبارة عن المنع منه ابتداء و اما استتباع استحقاق شيء ذلك فلا مانع منه فمن التروك ما هو ممحض في الحقية كترك نقض الجدار للجار فلا اشكال في نفوذ اشتراطه .

و منها ما هو ممحض في خلافه لا يتعقل فيه الحقية كترك الاحسان الى الفقراء اذا اشترطه بخيل على جواد و ان كان له في ذلك غرض عظيم وهو التشفى التام و دفع الالم الذى يحصل له بمشاهدة الجود والبذل و من هذا القبيل اشتراط ان لا يتزوج و لا يتسرى حيث ان اختصاص المرأة بالزوجية وان كان فيه غرض عقلائى الا انه ليس من الحقوق والاملاك عند العقلاء .

ومنها ما يقع على وجهين كاشتراط بايع الامة على المشترى ان لا يبيعها ولا يهبها كما مر نعم في معرفة عدم كون ترك التزويج والتسرى من الحقوق غموض خصوصاً للنسوان و لكنه ليس مما يقام عليه البرهان و لا بأس بالتعرض لبعض فقرات كلامه بالخصوص لتوضيح المرام .

قوله واما ان يكون التزامه الخ فيه ان الالتزام بترك المباح ليس مخالفاً لاباحته و انما ينافي حرمة الالتزام بالاباحة فان الاباحة لا اقتضاء فيها اصلا بل هو قسيم للحكم الاقتضائي بالضرورة بل نقول لو كان فيه اقتضاء لم يصلح للتعلق بالالتزام المتعلق بمتعلقه حيث ان متعلقه انما هو كل من الفعل والترك فتعلق الالتزام بالترك كتعلق الاباحة به فهو في عرضه و تعلقه به يقتضي وقوعه في طوله و تأخره عنه و اجتماع تأخر الشيء عن شيء مع مساواته له ضروري الاستحقاق فتفطن .

قوله فان التزام ترك المباح و ان لم يخالف الخ فيه ان عدم كون الالتزام بترك المباح مخالفة للكتاب كما اعترف به يكفي في فساد ما بني عليه لان تحريم الحلال اذا لم يكن مخالفاً للكتاب فلا وجه للمنع عنه و كون تحليل الحرام ممنوعا عنه من جهة المخالفة لا يستلزم المنع عن التحريم الفاقد لهذه العلة نعم هذا على تقدير التمامية يكفي لورود الاشكال على من منع من كون الامرين مخالفة كما في (العوائد) مع ان لنا ان نمنع من كون الالتزام بفعل الحرام مخالفة لتحريمه لان النهي انما يقتضي المنع من الفعل لا المنع من الالتزام بالفعل وعدم تلازم الامرين وامكان الانفكاك من البديهيات و يمكن ان يلتزم بالترك و يخالفه بالفعل و ان يلتزم بالفعل و يخالف التزامه بالترك و بالجملة فالنهي عن الشيء لا يقتضي حرمة الالتزام بفعله بوجه من الوجوه .

قوله مع ان الرواية المتقدمة الخ وهي ما عن تفسير (العياشي) عن (ابن مسلم) عن (ابي جعفر عليه السلام) قال قضى (امير المؤمنين عليه السلام) في امرأة تزوجها رجل و شرط عليها و على اهلها ان تزوج عليها او هجرها او اتى عليها سرية فهي طالق فقال (شرط الله قبل شرطكم ان شاء وفى بشرطه و ان شاء امسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها ان اتت بسبب ذلك) قال الله تعالى [فانكحوا ما طاب لكم من النساء . واحل

لكم ما ملكت ايمانكم واللاتي تخافون نشوزهن] الاية .

وهذه الرواية انما تدل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب و هو كون الزوجة طالقاً على كل من التقادير الثلاثة وليس فيها من اشتراط ترك التزويج والتسرى عين و لا اثر ولم يحكم فيما تضمنه من الروايات بمخالفته للكتاب .

قوله مع ان قوله عليه السلام في رواية (اسحق بن عمار) الخ فيه ان ظهوره او صراحته في كون الاثر مستنداً الى فعل الشارط واضح لا يرتاب فيه ذو مسكة و انما الاشكال فيما هو المناط من الافعال (فالنراقى قدس سره) زعم انه خصوص الشرط الذى يتعلق بالحل والحرمة بان يكون الملتزم به نفس الحكم الشرعى و اما الشرط المتعلق بالفعل فلا يستند اليه التحريم والاحلال و انما يستندان الى الشارط على تقدير تنفيذه لالتزامه فاثبات ان المستثنى هو المستند الى فعل الشارط لا يضر بمرامه بل انما يبطل قوله باثبات كفاية تعلق الشرط بالفعل والترك في استناد التحريم والاحلال الى المكلف .

و بالجملة لا خلاف بينهما في اعتبار استناد الامرين الى فعل الشارط و انه لا يكفى الاستناد الى الشارع و لكنه حيث زعم ان ما تعلق بالفعل والترك من الشروط لا يستند اليه الامر إن لم يلتزم بشمول الاستثناء له مع ان كون التحليل والتحريم من فعل الشارط دون الشارع مما لا يقبل الارتياب فهل يتوهم احد ان معنى الرواية والمقصود بها تنفيذ كل من الشروط الا ما فعله الشارع من تحريم الحلال و احلال الحرام و هل لهذا الكلام معنى فالاستدلال على ان المستثنى من فعل الشارط مع ما به من الشناعة في نفسه يزداد فساداً بوقوعه في قبال من يعترف بذلك و لا كلام له الا في المصداق فافهم.

مع ان هذا التعميم اى تعميم الاتصاف بمخالفة الكتاب الى الملتزم والالتزام ينافى ما افاده بعد ذلك في مقام الرد على (النراقى) ايضاً حيث قال بعد ما حكى عنه دعوى اختصاص اشتراط الحكم المخالف بمخالفة الكتاب والسنة اقول لا افهم معنى محصلا لاشتراط حرمة الشيء او حليته شرعاً فان هذا غير مقدور للمشترط و لا يدخل تحت الجعل فهو داخل في غير المقدور ولا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به لان هذا لا يمكن عقلاً الوفاء به اذ ليس فعلا خصوصاً للمشترط وكذلك الكلام في النذر و شبهه .

والعجب منه قدس سره حيث لاحظ ظهور الكلام في كون المحرم والمحلل نفس الشرط ولم يلاحظ كون الاستثناء من الافعال التى يعقل الوفاء بالتزامها و حرمة الشيء شرعاً لا يعقل فيها الوفاء والنقض انتهى .

و هذا كلام متين موافق لما حققناه و لكنه ينافي تعميمه للمنافات الى مثل ذلك في هذا المقام مع ان كون المحلل والمحرم نفس الشرط لا ينفك عن كون الفاعل هو الشارط حيث ان استناد التحريم والاحلال الى الشرط مجاز عن كونهما مستندين الى الشارط فلا يعقل الا حيث يتحقق المعنى الحقيقى فان معنى تحريم الشرط واحلاله في الحقيقة صدورهما عن الشخص بالشرط فتدبر في تمام كلامه تجده اعجب مما صدر عن (النراقى قدس سره) الذى تعجب منه .

قوله و اصرح من ذلك كله الخ . قد ظهر ما فيه مما تقدم و انه عن مدعاه اعم فافهم .

قوله و اذا ورد على ما كان من قبيل الثانى الخ فيه ان هذا القسم مجرد فرض لا مصداق له في الشريعة مع انه على تقدير وقوعه فالالتزام ليس مخالفة قطعاً و عدم صلوح الاباحة للتغير لا يستلزم كون الالتزام بالترك مخالفة لها و انما ينافي تنفيذه و هو فعل المشارع .

و بالجملة فرق بين العصيان والتعارض فان كان المراد بمخالفة الشرط للكتاب هو الاول فهو بالنسبة الى الاباحة غير متصور مع ان الالتزام ليس عصياناً الا للمنع المتعلق به و هو مفقود و ان كان المعنى الثانى فهو غير متعقل في غير الدليلين و فعل الشارط ليس من الادلة بالضرورة و بالتأمل فيما مر يظهر ما في بقية كلامه زاد الله في علو مقامه .

هذا بعض ما صدر عن الاصحاب رضوان الله عليهم في هذا الباب و قد ذكروا في تفسير المستثنى وجوهاً آخر يظهر فسادها مما مر اعرضنا عنها مخافة الاطالة فتبين الحال في مخالف الكتاب والسنة و تحريم الحلال و تحليل الحرام والفرق بينهما واما مخالف مقتضى العقد فتحقيق القول فيه ان المراد بالمخالف ما يعود على العقد بالنقض

على ما مرت اليه الاشارة كاشتراط الضمان في الوديعة وعدمه في البيع واشتراط المشترى على البايع ان لا خسارة اى يكون ما يخسره باعتبار تنزل القيمة السوقية على البايع و هذا غير كون التلف من مال البايع بعد القبض المعبر عنه بالضمان والفرق بينه و بين كل من الشرطين المتقدمين في غاية الوضوح و قد عرفت الخلط عن (ثانى المحققين) بل عن (العلامة) قدس سرهما بين هذا الشرط و بين تحريم الحلال .

و قال (الشهيد قدس سره) في (القواعد) كل عقد شرط فيه خلاف ما يقتضيه مع كونه ركناً من اركانه فانه باطل كالبيع واشتراط نفى تسليم المبيع الى المشترى والثمن الى البايع اوالانتفاع باحدهما للمنتقل اليه وان لم يكن من اركانه ولكنه من مكملاته كاشتراط نفى خيار المجلس والحيوان فعندنا يصح لان لزوم العقد هو المقصود الاصلى والخيار عارض و منعه بعضهم لان الغرض من ادخال الخيار هنا التروّى و استدراك الفائت فهو من مقاصد العقد فاشتراط الاخلال به اخلال بمقاصد العقد قلنا هو مقصود بالقصد الثانى لا الاول و مثله لو شرط دفع خيار العيب ولو شرط دفع خيار الغبن او خيار الرؤية او خيار تأخير الثمن ففيه نظر انتهى .

و فيه ما لا يخفى لان نفى التسليم من حيث هو هو ليس من الحقوق فاشتراطه لا معنى له نعم لا بأس باشتراط استحقاق الامتناع من الدفع زماناً معيناً المستتبع لسقوط سلطنة صاحبه على المطالبة و هذا معنى تأجيل الثمن والمثمن واما اشتراط نفى الانتفاع على المنتقل اليه فهو تحريم للحلال بمعنى انه ليس من الحقوق المستتبع تحققه للمنع بل هو منع ابتداء و لا معنى لهذا النحو من الشرط فان الشرط مملوك للشارط و ليس هذا المعنى مما يملك كما عرفت تفصيله .

و من العجب انه تنظر في اشتراط دفع خيار الغبن و تاليبه مع ترخيصه نفى خيار المجلس والحيوان فان التفصيل مع انه خلاف ما اطبق عليه اهل العلم لامعنى له حيث انك قد عرفت ان الخيار بجميع انواعه من الحقوق واشتراط السقوط بالمعنى الذى تقدم تحقيقه لا اشكال فيه و هذا فيما استشكل فيه اظهر حيث ان خيار الغبن الثابت بادلة نفى الضرر كونه من الحقوق اظهر من خيارى المجلس والحيوان و لذا استشكل

فيهما جماعة لتوهم كونهما من الحقوق .

قال في (المسالك) بعد ما فسر منافاته لمقتضى العقد بان يقتضي عدم ترتب الاثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو بحيث يقتضيه و رتبه عليه و يشكل باشتراط عدم الانتفاع زماناً معيناً فان مقتضى العقد اطلاق التصرف في كل وقت و باشتراط اسقاط خيار المجلس والحيوان وما شاكل ذلك مما اجمع على صحة اشتراطه و فيه ايضاً انظار لا تخفى .

والحاصل ان الخيار ليس من مقتضيات البيع مطلقاً بالضرورة بل انما هو مناف لمقتضاه و لهذا وقع الشك في جواز خيار الشرط و لكن لما كانت ادلتها حاكمة على اصالة اللزوم قدمت عليها فحكم الشارع بكون البيّعين بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلاخيار بعد الرضا منهما صريح في انه حق مجعول على ما مر مشروحاً و سقوط الخيارات باجمعها بالاسقاط بل بساير المسقطات ايضاً شاهد صدق على حقيتها .

و بالجملة فتوهم كون ما ينافى الاقتضاء من المقتضيات من الغرائب خصوصاً ممن التزم بجميع آثار الحقية و استحقاق الفسخ لا يعقل كما عرفت في اول المبحث الا فيما يقتضى اللزوم .

و في (العوائد) ان مقتضى العقد اما مقتضى ذاته من حيث هو من غير احتياج الى جعل الشارع ذلك مترتباً عليه الى ان قال او ليس من مقتضى ذاته بل رتبه الشارع على هذا العقد من حيث هو و جعله من مقتضياته و هو كل امر رتبه الشارع على ذلك العقد من حيث هو وجعله مقتضياً -بالكسر- له وان امكن تحققه بدونه كترتيب الشارع خيار المجلس والحيوان على المبيع و وجوب النفقة على النكاح الدائم و عدم اللزوم قبل التفرق على الهبة والوقف .

ثم قال اذا عرفت ذلك تعلم الشروط المنافية للعقد و وجه عدم الاعتداد بها الى ان قال و اما فيما كان من القسم الثانى فلمعارضة عمومات الوفاء مع ما دل على ثبوت هذا المقتضى للعقد اولاحد مقتضياته فيحصل التعارض و يرجع الى الاصل بل يكون الشرط مخالفاً لما دل على الثبوت على ما مر فيكون مخالفاً للكتاب او للسنة فيبطل الا ان هذا

انما هو فيما اذا كان هناك دليل عام اومطلق على سببية هذا العقد لذلك المقتضى و تولده منه اما لو لم يكن كذلك بل احتمل اختصاص الاقتضاء بالعقد الخالى عن الشرط فنحكم بصحة الشرط .

مثال ذلك انه ثبت خيار المجلس للمتبايعين بقوله (البيعان بالخيار مالم يفترقا) فصار عقد البيع مقتضياً لهذا الخيار ولاطلاق الخبر بكون ثبوته مطلقا سواء اشترط عدمه ام لافشرط عدمه مناف لهذا الخبر باطلاقه بخلاف ما اذا كان دليل الخيار الاجماع مثلا و شك في حال الاشتراط في سقوطه و عدمه فان القدر الثابت ترتب الخيار على البيع الخالى اشتراط سقوطه و اما معه فلا يعلم بل يعمل بعمومات الوفاء انتهى .

و فساده اظهر من ان يبين فان الشارع انما جعل خيار المجلس على خلاف مقتضى البيع فليس هذا من قبيل عدم اللزوم في الهبة قبل التصرف ، و الالتزام بثبوت التعارض بين ادلة الشروط و بين ما دل على ثبوت الخيار بديهى الفساد بل ادلة الشرط من حيث تعلقه بالسقوط حاكمة عليه كما ان ادلة الخيار حاكمة على اصالة اللزوم و مقتضى ما صرح به كونه من افراد مخالف الكتاب و السنة و هو ايضاً واضح الفساد .

و قال (شيخنا قدس سره) الشرط الخامس ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد والا لم يصح لوجهين أحدهما وقوع التنافى في العقد المقيد بهذا الشرط فلابد اما ان يحكم بتساقط كليهما واما ان يقدم جانب العقد لانه المتبوع المقصود بالذات و الشرط تابع و على كل تقدير لا يصح الشرط، الثانى ان الشرط المنافى مخالف للكتاب والسنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب و لذا ذكر في (التذكرة) ان اشتراط عدم بيع المبيع مناف لمقتضى ملكيته فيخالف قوله ﷺ (الناس مسلطون على اموالهم) .

و دعوى ان العقد انما يقتضى ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقاً خروج عن محل الكلام اذ الكلام فيما يقتضيه مطلق العقد و طبيعته السارية في كل فرد منه لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه و خلوه عن الشرايط والقيود حتى لا ينافى تخلفه عنه لقيد يقيده و شرط يشترط فيه انتهى .

و فيه ما عرفت من ان الشرط ليس الا نحواعتبار في متعلقه فان كان مرجعه الى كيفية في الانشاء كاشتراط ان لا خسارة فوجه بطلانه ما عرفت في مخالف الكتاب والسنة من ان تكيف البيع بهذه الكيفية ليس باختيار المتبايعين كما ان كون الولاء للبايع ليس باختيار المشترى فصدور مثل هذا الشرط من فاعله انما هو بزعم كون الخسارة من الحقوق و ان البايع يستحق على المشترى الخسارة بالبيع فيريد ان يدفعه عن نفسه و يحول بين البيع و اثره كما هو الحال في اشتراط الضمان في العارية فانك قد عرفت ان محصله دفع الاقتضاء الفعلي عن العارية و جعل اليد يد ضمان فكون المستعير ضامناً ليس مستنداً الا الى اليد والشرط انما دفع المانع فليس مثل هذا الشرط مخالفاً للكتاب والسنة الا انه يشاركه فيما هو مناط البطلان و ان كان مرجعه الى جعل الاستحقاق كما هو الحال في المثال الاخر و هو ان لا يبيع و لا يهب .

فوجه الفساد ما حققناه في الشرط المحرم للحلال بل هو هو على ما مر مشروحاً و ليس الشرط انشاء مستقلا حتى يلاحظ المتنافى بينه و بين ما تعلق به بل انما هو كاعتبار الثمن في البيع في وجه و لو كان مستقلا فلا وجه لملاحظة التعارض حيث ان الانشائين المستقلين لا يصدران عن الشخص الا مرتباً والمناط هو الاخير .

اللهم الا ان يقال ان للمتكلم ما دام متشاغلا بالكلام ان يلحق بكلامه ما شاء من اللواحق فيسقط عن الاعتبار مع التهافت ولكنه خلاف ما يستفاد من ظاهر كلامه زاد الله في علومقامه. هذا حال اول الوجهين واما الثانى ففيه انه ليس في الكتاب والسنة ما دل على عدم تخلف العقد عن مقتضاه نعم لما كان تقرير المعاملات في الشريعة على حسب ما هو المتعارف فمثل هذه المعاملة لا دليل على صحتها لخروجها عن الضوابط العرفية و ليس هذا معنى مخالفة الكتاب والسنة .

توضيح المرام ان مخالفة مقتضى العقد عندهم على اقسام :

منها ما ينافيه صريحاً كاشتراط ان لا يملك في البيع و هذا ليس فساده الا من جهة تهافت الكلام فانه ليس الا مثل قولك (جاء زيد و لم يجيء) لا من جهة انه مخالف للكتاب والسنة ففى الحقيقة لم يتحقق الانشاء .

و منها ما ينافى خصوصيته اللازمة له كاشتراط الضمان في الوديعة و ليس فساده الا من جهة عدم كونه بيد المتعاقدين و عدم كونه على طبق المتعارف .

و منها ما يكون محصله تفكيك آثار اثر الانشاء التى يستحيل تخلفها عنه ككون خسارة المبيع على المشترى فانه من آثار كونه ملكا له و ان كان مسبباً عن الحيازة والميراث و مثل هذا ليس مخالفاً لمقتضى العقد في الحقيقة و وجه عدم النفوذ ما عرفت من ان حقيقة الاشتراط ايضاً غير متحققة هناك و ان الشرط لا معنى له .

و منها ما محصله الحيلولة بين اثر الانشاء وما يقتضيه لا على سبيل العلية التامة مع عدم صلوح الشرط للحيلولة كاشتراط ان لا يبيع و لا يهب فان عدم النفوذ ليس الا من جهة انه ليس من الحقوق و انه تحريم للحلال و الا فحرمة التصرف في الملك لا ينافى قوله صلى الله عليه وآله (الناس مسلطون على اموالهم) .

و الحاصل ان اشتراط ترك التصرف ليس من قبيل اشتراط الولاء لغير المعتق منافياً للمشروع حيث ان الثابت بحديث السلطنة ليس الا الاقتضاء وهو لا ينافى وجود المانع غاية الامر ان الشرط في بعض الصور لا يصلح للمانعية ومن الغريب التزامه بدلالة حديث السلطنة على تخلف هذا الاثر عن الملك مع ان عدم تسلط المالك على ملكه في الشريعة لاجل الموانع فوق حد الاحصاء فتدبر .

اذا عرفت هذا وتبين لك الحال في الشروط الثلثة و عرفت حقايقها و ما به يمتاز بعضها عن بعض ، فاعلم ان الاصحاب استشكلوا في انطباقها على جملة من الفروع :

منها اشتراط الضمان في الاجارة فان الحق كما عليه المحققون انه مناف لمقتضى الاجارة حيث ان مقتضاها ان لا يكون على المستأجر الا الاجرة فكان الضمان قصور في السلطان و المفروض ان المستأجر له السلطنة التامة فكان تضمين المستأجر كتضمين المالك و هذا مجرد تقريب و الا فليس هذا مما يقام عليه البرهان و لما خفى هذا على (المحقق الاردبيلى قدس سره) اورد على القوم بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك انما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظير العارية و تبعه في ذلك (جمال المحققين قدس سره) .

و منها اشتراط عدم الخسارة على احد الشريكين فان فساده مما لا يخفى على ما حققناه ولكن (الشهيدقدس سره) في الدروس بنى على صحته قال في بيع الحيوان ولو قال الربح لنا ولاخسران عليك ففى صحيحة (رفاعة) في الشركة في جارية يصح ورواه (ابوالربيع) و منعه (ابن ادريس) لانه مخالف لقضية الشركة قلنا لا نسلم ان تبعية المال لازم لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة و الاقرب تعدى الحكم الى غير الجارية من المبيعات انتهى.

وفيه ان مرجع هذا الشرط الى كون خسارة مال الشخص على غيره و ضمانه له ولا اظن ان يلتزم به احد فهل يخفى على احد فساد ما لو باع كتابه واشترط على المشترى ان يكون خسارة داره عليه والسر فيه يظهر بالتأمل فيما حققناه.

و منها اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها فان (فخرالدين قدس سره) منع منه مع ورود النص على جوازه و فتوى الاصحاب به ايضاً استناداً الى ان مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة في الاستمتاع والاسكان و قد بالغ حتى جعل هذا قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء و فساده اعظم من ان يخفى حيث ان استحقاق الزوجة على الزوج ان لا يخرجها كاستحقاق الجار عدم نقض الجدار مؤكد للسلطان لا مناف له و انما لا ينفذ مثل هذا الشرط حيث لا ينفذ لعدم كون المشروط من الحقوق كعدم البيع و الهبة على احد التقديرين و اشتراط ان لا يتزوج ولايتسرى.

و منها اشتراط توارث الزوجين بالعقد المنقطع فبنوا جوازه على عدم منافاته لمقتضى العقد ففى (الايضاح) اختلف الناس في توارث الزوجين بالعقد المنقطع على قولين الى ان قال القول الثانى انه لا يقتضى التوارث لا العقد المطلق و لا اطلاق العقد ثم اختلف القائلون به على قولين:

احدهما انه يصح اشتراطه في العقد فيثبت مع اشتراطه و يسقط مع عدمه و هو اختيار (الشيخ) و (ابن حمزة) و (قطب الدين الكيدرى) و ثانيهما انه لا يصح اشتراطه في العقد لان كلما يكون سبباً للميراث شرعاً لا يصير سبباً له بجعل الجاعل و هو اختيار (والدى المصنف) و (والده) و (ابى الصلاح) و (ابن ادريس) و هو

الحق عندي الى ان قال و اقول لا مقتضي للميراث هنا الا الزوجية و لا يقتضي ميراث الزوجية الا الاية فان اندرجت هذه في الزوجية في الاية ورثت و ان لم يشترط ثبوته و بطل شرط نفيه و ان لم تندرج في الزوجية في الاية لم يثبت بالشرط قطعاً لانه شرط توريث من ليس بوارث وهو باطل اتفاقا انتهى وما اختاره هو الحق لما عرفت من انه شرط مخالف للكتاب والسنة فان التوريث ليس من الحقوق حتى يثبت بالشرط بل انما هو حكم صرف كالولاء تابع لجعل الشارع .

و منها ما تقدم من اشتراط عدم البيع وقد عرفت استشكال (العلامة قدس سره) فيه و ان الحق انه على قسمين .

ومنها اشتراط العود الى الرقية في المكاتبة المشروطة على تقدير العجز فقد يتوهم انه مخالف للمشروع فان الحر لا يعود رقا في الشريعة فمقتضى الانشاء الحرية على تقدير اداء مال الكتابة بحسبه والشرط ينافيه حيث ان هذا الاثر ليس مما يزول اذا تحقق و فيه ان اثر هذا النوع من الكتابة انما هو التشبث بالحرية كالتدبير فلا يوزع مال الكتابة على اجزاء العبد بل انما يتحرر المجموع باداء تمام مال الكتابة فالتعبير بالعود باعتبار زوال حالة التشبث بالحرية فمعنى الاشتراط انما هو ارتباط المجموع بالمجموع فهو تعيين لنوع الكتابة لا شرط خارج فافهم واغتنم .

و منها اشتراط عدم استحقاق الاجير للاجرة على تقدير كما لو استأجره لنقل متاعه ثم شرط عليه انه إن نقله في يوم كذا فلا اجرة له فان عدم استحقاق الاجرة على هذا التقدير مع شمول الاجارة له كما هو المفروض ينافي مقتضى العقد لان العقد مع العمل علة تامة للاستحقاق هذا ، اذا كانت الاجارة مطلقة و اما اذا كانت مقيدة بان يكون المستأجر عليه النقل في اليوم الخاص لا مطلق النقل فاشتراط عدم الاستحقاق على تقدير النقل في غير ذلك الوقت تصريح بما يقتضيه التقييد و تأكيد له و ليس في الحقيقة شرطاً في العقد .

و الى ما حققناه ينظر ما افاده اول الشهيدين قدس سره في (اللمعة) بقوله ولو شرط عدم الاجرة على التقدير الاخر لم يصح في مسئلة النقل و في ذلك نظر لان قضية

كل اجارة المنع من نقيضها فلاحظ و تدبّر .

و اذ قد تبينت لك حقيقة الشرط ظهر ان نفوذه لا يحتاج الى دليل خاص بل يكفي فيه ما دل على صحة ما تعلق به من الانشاء ات حيث ان كل خصوصية من خصوصياتها لا تثبت بدليل خاص فكما ان مقدار كل من الثمن و المثمن يتعين بتعين المتبايعين ولا اشكال في صحة البيع على جميع التقادير فكذا الاطلاق و التقييد من حيث الاوصاف و مثل التقييد بالوصف التقييد بامر خارج كالكتابة و الصياغة فاى فرق بين جعل الثمن عشرة قرانات و بين جعله خمسة مقيدة بصياغة خاتم و هذا على ما حققناه في غاية الوضوح فلا حاجة لنا الى التمسك بحديث (المؤمنون عند شروطهم) وقدحققنا سابقاً ان آية الوفاء عن مقاصدنا اجنبية ولا دلالة لها على ما تمسك بها له الاصحاب فلا وجه للتمسك بها لنفوذ الشروط .

و تبين ايضاً مما حققناه ان شرط الخيار انما ينافى ما يقتضيه البيع و هواللزوم لا انه يعود عليه بالنقض ولا مانع من مثل هذا الشرط و ليس معنى الشرط الالزام و الالتزام كى يحتاج في المقام الى التعسف و هذا الخيار بحسب ما يشترط من جميع الجهات فهو مطلق الامن حيث قيّده المتعاقدان فلا يتقدر بحد عندنا خلافا (لابى حنيفة) و (الشافعى) فلم يجوّزا اشتراط ازيد من ثلثة ولا يعتبر فيه الاتصال بالعقد خلافاً (للشافعى) و استدل له بلزوم صيرورة اللازم جائزاً و فيه مع انتقاضه بخيار التأخير و الرؤية منع بطلان اللازم و يصح التعاقب لجواز الانفصال .

و العجب من (المسالك) حيث منعه مع تجويز الانفصال و في (الجواهر) ولعله لاستظهار الاتحاد من الاطلاق و فيه منع واضح انتهى ولا يخفى عليك انه لا مجال لهذه الكلمات على ما بنينا عليه من انه على وفق الضوابط العامة و ليس نفوذ الشرط من الاحكام الشرعية التعبدية حتى يتوقف كل فرد من افراده الى الدليل بل المحتاج الى الدليل انما هو البطلان و عدم النفوذ و يجوز ان يجعل للواحد مطلقا سواء كان بايعاً او مشتريا و سواء كان لنفسه او عن صاحبه او لنفسه و عن صاحبه جميعاً او مجموعاً .

و نظير جعل الخيار لاحدهما عن الاخر جعله للاجنبى عن احدهما و نظير جعل

الخيار الثابت للمجموع لاحدهما جعل الخيار للاجنبى عن المجموع فكما يمكن ان يجعل خيار واحد لمجموع المتبايعين بالاشتراط كما للورثة بالميراث و يمكن ان يجعل ذلك الخيار للاجنبى فكذلك يمكن ان يجعل ذلك الخيار الواحد للمجموع و سواء كان المشروط له احد المتعاقدين اوالاجنبى مطلقا سواء كان عن احدهما أوعن كل منهما أو عن مجموعهما أوعن احدهما و عن المجموع أو عن كل منهما و عن المجموع خلافا (للشافعى) في احد قوليه فانه قال لا يصح و يبطل البيع و الشرط معاً لانه خيار ثبت في العقد فلا يجوز شرطه لغير المتعاقدين كخيار الرد بالعيب و هو كلام متجه على من يزعم ان الحق للاجنبى و اما على ما سنحقق انشاء الله تعالى من ان الحق و الرفق للمشروط له من المتعاقدين و ان كان الاجنبى صاحب الخيار فلا اشكال.

و يجوز ان يجعل للاثنين مطلقا سواء كانا متبايعين أو اجنبيين أو مختلفين فعلى الاول يحصل ستةعشر قسماً من ضرب اربعة احتمالات احدهما في اربعة احتمالات الاخر.

الاول ان يكون خيار كل منهما لنفسه، الثانى ان يكون خيار كل منهما عن صاحبه، الثالث ان يكون خيار كل منهما لنفسه و عن صاحبه مستقلا، الرابع ان يكون خيار كل منهما لنفسه وعن صاحبه مجموعا، الخامس و السادس ان يكون خيار احدهما لنفسه و الاخر عن صاحبه. السابع و الثامن ان يكون خيار احدهما لنفسه و الاخر لنفسه و عن الاخر مستقلا، التاسع و العاشر ان يكون خيار احدهما لنفسه و الاخر لنفسه و عن الاخر مجموعا

الحادى عشر و الثانى عشر ان يكون خيار احدهما عن الاخر و الاخر لنفسه و عن الاخر مستقلا، الثالث عشر و الرابع عشر ان يكون كذلك و لكن مجموعا، الخامس عشر و السادس عشر ان يكون خيار احدهما لنفسه و عن الاخر مستقلا و الاخر لنفسه و عن الاخر مجموعا.

و على الثانى تسعة و اربعون قسماً يحصل من ضرب سبعة احتمالات احدهما في سبعة احتمالات الاخر.

و على الثالث ستة و خمسون يحصل من ضرب اربعة احتمالات احد المتبايعين

في سبعة احتمالات الاجنبي وضرب الحاصل و هوالثمان والعشرون في قسمي المتبايعين.

و يجوزان يجعل للثلثة من البايع و المشترى و الاجنبى أو أحدهما والاجنبيين أو الاجنبيين ، و على الاول يحصل مائة و اثنا عشر من ضرب سبعة احتمالات الاجنبى في ستة عشر احتمالات المتبايعين ، واما الثانيان فاقسامهما ثلثمائة واثنان وتسعون حاصلة من ضرب اربعة احتمالات احدهما في تسعة و اربعين احتمالات الاجنبيين وضرب الحاصل و هو مائة وست و تسعون في قسمي احدهما ، و اما الثالث فمائة و سبعة و اربعون من ضرب سبعة احتمالات كل منهم في الاخرين .

و كل من الخيارين أو الخيارات اما مع التوافق مطلقا أو مع التخالف في اصل الزمان أو مقداره أو في الكيف أو في الزمان و المقدار أو في الزمان و الكيف أو في المقدار و الكيف أو في الزمان و المقدار و الكيف و بضرب الثمانية فيما عدا صور الانفراد و هو سبعمائة و اثنان و سبعون يحصل ستة آلاف و مأة وستة وسبعون .

هذا كله على تقدير الاستقلال و اما اذا كان لمجموع كل من الاثنين أو الثلثة خيار واحد فلا يتمشّى فيه هذا التقسيم ولكن خيار مجموع المتبايعين اما لهماأولواحد منهماأو لهما ولواحد منهما فهذه خمسة اقسام وخيارمجموع الاجنبيين اماعن المجموع و اما عن الواحد و اما عن المجموع و عن الواحد و هذه أيضاً خمسة فان الواحد أيضاً يحتمل الاثنين اماالمختلفان فامايكون خيار المتبايع عن نفسه والاجنبى عن الاخر مع كون المجموع خياراً واحداً كما هو المفروض .

أو بالعكس بمعنى كون خيار المتبايع المنضم الى الاجنبى عن المتبايع الاخر و خيار الاجنبى عن هذا المتبايع أو يكون خيار المجموع لذلك المتبايع أو للاخر أو يجتمع الاثنان أو الثلثة أو الاربعة فهذه خمسة عشر لان الاثنين ستة و الثلثة اربعة و الاربعة واحد و بانضمام الاربعة المفردة يحصل ما ذكر و ظهر بما ذكرنا اقسام مازاد على الثلثة و اشتراكه معها في الحكم .

تنبيه :

حكى عن بعضهم ان المراد من صورة اشتراط الاجتماع ان كان ثبوت الخيار لكل منهما مع رضا الآخر فلا اشكال ، و اما ان كان المراد جواز فسخ كل منهما مع فسخ الآخر ففيه اشكال لعدم الفائدة في مشروعيته بعد مشروعية الاقالة انتهى .

و فيه اولا ان هذا النوع من الشرط ان لم يكن على صحته دليل اصلا فلا يحتاج ثبوت بطلانه الى هذا الدليل و الا فاسرار الشرعيات ليست شريعة لكل وارد و مجرد الجهل لا يكفى في طرح الدليل و تقييد المطلق و تخصيص العام واى دليل على الخلو عن الفائدة و كيف يمكن ادعاء ذلك مع ان هذا العلم يتوقف على الاحاطة بجميع الجهات المفقودة في مثل المقام لمثل هذا القائل ولو بنى على ذلك في الفقه لأعرض عن الشريعة و انكر ما تداولته ايدى المتشرعة .

و ثانياً انه منقوض بكثير من الامور المشتركة في الثمرة في الشريعة كالمطهرات و غيرها مما لا يحصى .

و ثالثاً انه منقوض بكثير من الموجودات المشتركة في الثمرات و الخواص المتساوية فيها ولا فرق بين التشريع و التكوين في وجوب الاشتمال على المصلحة .

و رابعاً ان التعدد يوجب الاتساع و كفى به فائدة و تفضلا و امتنانا .

و خامساً ان الثمرة تظهر في كفاية الفسخ الفعلى في الخيار دون الاقالة نعم احتمل (الشهيد قدس سره) فيها الاكتفاء بالقبول الفعلى .

و سادساً ان هذا الصنف من الخيار لم يستقل بالجعل ليجب اشتماله على فائدة مستقلة و امتياز مطلق خيار الشرط من الاقالة و اختصاصها بالفائدة ظاهر مع انه ايضاً ليس مستقلا بل المجعول انما هو مطلق الشرط و ورود الاخبار الخاصة في بعض افراد المسئلة لا يدل على ذلك بل سياقها ينادى على خلاف ذلك مع ان الاختصاص بالجعل بعد جعل العام لا فائدة فيه بل لا معنى له و ان امتاز عن الاقالة و من المعلوم كفاية اشتمال العام نوعا على الفائدة و مجرد اشتراك بعض افراده مع شيء آخر فيها لا يوجب قصر الحكم على ما عداه بل قد عرفت ان الشرط نافذ بالذات ولا تشريع فيه اصلا و انما وردت الادلة تأكيداً لا تأسيساً .

قال بعض الاجلة بعد نقل هذا القول: و الحق انه كذلك بناء على كونها ايقاعا من الطرفين كما هو احد القولين فيها و اما بناء على القول الاخر و هو كونها عقداً مشتملا على الايجاب و القبول فلا اشكال جداً و الفائدة حينئذ عدم اشتراطه بشرائط الاقالة من لفظ خاص و نحوه كساير العقود اللازمة انتهى و يظهر ما فيه مما تقدم فتدبر.

و ذلك الاشتراط لاحد المتعاقدين مطلقا حتى اذا كان الخيار للاجنبى والا لم ينفذ لانه حينئذ شرط ابتدائى لعدم ارتباطه بالعقد لان الشرط الواقع في ضمن العقد ما كان قيداً له و الالتزام للاجنبى اجنبى عن العقد و مجرد الذكر في العقد لا يصيره جزءاً منه فان المقارنة في الوجود اعم من الارتباط و لذا يبطل اشتراط شيء لوالد الزوجة مع عدم دخوله في المهر بخلاف ما لو كان ما جعل للاب من المهر و عليه ينزل اطلاق صحيحة الوشاء عن (الرضا عليه السلام) فهو للاجنبى مجرد تنفيذ لا توكيل لان الوكالة فرع ثبوت الحق للموكل و المفروض انتفاؤه قبل الاشتراط فلو كان الغرض جعل الحق للموكل لم يتحقق الوكالة و ان كان الغرض الوكالة لم يثبت حق للموكل و الانشاء الواحد لا يكفى لهما.

و لانه لا معنى لالتزام غير الموكل بوكالة شخص عن غيره لعدم ارتباط الوكالة بغير الموكل و الوكيل ولا معنى لكونها لازمة من قبل الاجنبى و لانه لا معنى لاشتراط الوكالة لغير الوكيل و جعله مشروطاً له الوكالة و انما يصح اشتراط الوكالة للوكيل ولا اباحة صرفة ولا تمليك ولا تحكيم.

و يظهر وجه الكل مما ذكرنا فلا يشترط بما يشترط به الوكالة ولا يحتاج الى القبول ولا ينعزل بما ينعزل به الوكيل ولا ينتقل الى وارث المشروط له الخيار ولا يجب عليه رعاية المصلحة ولا يصح الصلح على اسقاطه.

تحقيق:

حقيقة اشتراط الخيار للاجنبى اشتراط سلطنة الاجنبى على الفسخ و الامضاء للمشروط له الذى هو احد المتعاقدين فالسلطنة للاجنبى لكن المشروط له احد المتعاقدين و يوضحه ما ذكروه في اشتراط شيء لأب الزوجة كما مر آنفاً فظهر فساد ما عن (الشافعى) في احد قوليه من فساد اشتراط الخيار للاجنبي و العقد المشترط فيه ذلك معللا بانه

خيار يثبت في العقد فلا يجوز شرطه لغير المتعاقدين كخيار الرد بالعيب قال و الفرق ان خيار العيب يثبت لا من جهة الشرط بخلاف المتنازع انتهى ، فان الشرط لاحد المتعاقدين غاية الامر ان المشروط سلطنة الاجنبى .

و ظهر ايضاً فساد ما عن (ابى حنيفة) و (احمد) من كون الاجنبى وكيلا للذى شرطه و ما ذهب اليه (الشافعى) في احد الوجهين من انحصار الصحة في الوكالة على القول بالجواز .

و بالجملة فالحق و الرفق للمشروط له كما صرح به (العلامة قدس سره) في (التذكرة) ولا ينافيه كون الغرض ما يعود الى الاجنبى كما في اشتراط الخيار للعبد و الجار و الشريك فان الارفاق بالاجنبى لابد ان يكون رفقاً للمشروط له والا لغى الشرط و فسد فما يتوهم من انتقاض ما ذكره (العلامة قدس سره) بالامثلة المذكورة و ما شابهها بيّن السقوط .

فروع :

الاول مقتضى ما اخترناه من عدم كونه توكيلا عدم نفوذ فسخ المشروط له و (للشافعى) قولان هذا احدهما والامر في الاسقاط بالعكس اما سقوطه باسقاط المشروط له فلما مر من ان الحق و الرفق له في الحقيقة و اما عدم سقوطه باسقاط ذى الخيار فلان الحق ليس له و انما اليه الامر و الحق لا يعقل ان يكون الا للمشروط له نعم له الايجاب و هو غير الاسقاط .

و الحاصل ان هناك ملكان ملك الازالة والاقرار المعبر عنه بالخيار و الاخر ملك الشرط وهو كون الخيار للاجنبى ولا يتعقل انتفاء ملك الشرط من المشروط له بالاشتراط فلا معنى لاشتراط انتهاء الامر الى الاجنبى بالمرة ، و بالجملة فذو الخيار لا يملك شيئاً على احد وانما يملك المشروط له على المشروط عليه ملك الاجنبى للفسخ والايجاب.

الثانى يجب على الاجنبى رعاية المصلحة على التوكيل بمعنى اشتراطها في نفوذ الفسخ لكونه اميناً واما على ما اخترناه فمجرد الاشتراط لا يقتضى ذلك فان ظهر بالقرينة ان الاشتراط على وجه الايتمان و ان الغرض ما يعود الى المشروط له ابتداء فكذلك

والا كما اذا كان الغرض ما يعود الى ذى الخيار كالعبد فلا بل ينفذ الفسخ و ان لم يكن للمشروط له فيه مصلحة اصلاً .

و في (التذكرة) لو شرط الخيار يعنى الوكيل لنفسه و اذن له الموكل صريحاً ثبت له الخيار ولا يفعل الا ما فيه الحظ للموكل لانه مؤتمن و كذا الاجنبى لو جعل الخيارله و فرق (الشافعى) بينهما فلم يوجب على الاجنبى رعاية الحظ و ليس بجيد لان جعل الخيار له ايتمان له انتهى .

ولا يخفى ان ما اختاره (الشافعى) هو الموافق للقواعد اللهم الا ان يدعى انصراف الاطلاق الى الايتمان لكنه لايخلو عن اشكال و هل يشترط عدم اشتمال الفسخ على ضرر للمشروط له مطلقا أو اذا كان مما لا يتحمل عادة ام لا؟ وجوه من ان الظاهر من اشتراط الخيار للاجنبى اذا كان ما يعود اليه رعاية مصلحته الغير المزاحمة لمفسدة تعود الى المشروط له و من عدم انصراف الاطلاق الا الى ما لا يستعقب مالا يتحمل عادة من الضرر و من عدم الانصراف الى شيء منهما اصلا فانه لا مانع من ان يكون صلاح الاجنبى اهم و اوفق بحال المشروط له و اعود اليه مما يعود اليه ابتداء .

و لعل الاظهر عند عدم القرينة هو الاخير لان الغالب غفلة المشروط له عن احتمال استتباع فسخ الاجنبى ضرراً عليه واطمينانه بعدمه فيقع الشرط منه مطلقا فينفذ مطلقا الا اذا ظهر ان الغرض التقييد و ان لم يصرح به في العقد اللهم الا ان يقال ان الاجنبى و ان لم يكن مؤتمناً من حيث مراعات المصلحة لكنه مؤتمن من حيث رعاية عدم المفسدة و بعبارة اخرى ان الغالب ان المشروط له يشترط الخيار لمن يراعى عدم المفسدة له ولا اقل من رعاية عدم المفاسد العظيمة فهو مؤتمن من هذه الجهة .

و دعوى غفلته غالباً من هذه الجهة و اشتراط الخيار للاجنبى من غير سكونه الى عدم رضاه بالضرر العظيم على المشروط له بيّنة الوهن فانّ جعل الخيار للاعداء و السفهاء بعيد عن ساحة العقلاء و قلما يتعلق به غرض عقلائى .

و بالجملة فالغالب ان الخيار للاجنبى لمصلحة تعود الى المشروط له اما ابتداء أو بعد عودها الى ذى الخيار بان يكون عود الفائدة الى الاجنبى فائدة للمشروط له

أو لكون نفس اشتراط الخيار للاجنبى مشتملا على فائدة للمشروط له و ان لم يكن في الفسخ مصلحة لواحد منهما و الغالب احد الاولين ولا يكون الا اذا كان الاجنبى ممن يطمئن للمشروط له بتحفظه عن الاضرار بالمشروط له في هذا الفسخ .

نعم لو ظهر ان الغرض كون الاجنبى ذا خيار كائناً ما كان نفذ مطلقا لكنه نادر فالظاهر من اشتراط الخيار كونه على وجه الايتمان من هذه الجهة و مع ذلك كله فالمسئلة لا تخلو عن اشكال والله العالم بحقيقة الحال و حيث لايجب عليه رعاية مصلحة المشروط له فهل يشترط رعاية مصلحة نفسه نظراً إلى عدم ثبوت الخيار له الا على هذا النحو او ان ذلك على تقدير اعتباره مجرد داعي غير مقيد للعنوان وجهان و على تقدير الاشتراط فهل الحكم دائر مدار المراعات و ان لم يطابق المصلحه الواقعية أو يعتبر المطابقة ايضاً فمع التخلف لا ينفذ الفسخ أو يشترط وجود المصلحة و ان اعتقد الفاسخ الفساد وجوه .

الثالث ان هذا الخيار يبطل بموت الاجنبى ولا ينتقل الى وارثه ولا الى المشروط له ، اما الاول فالظاهر انه موضع وفاق و السر فيه ما تقدم من ان الحق للمشروط له، و اما الثانى فلان الحق هو خيار الاجنبى فبموته يرتفع الموضوع خلافا (للفاضل قدس سره) حيث قال في (التذكرة) لو شرط الخيار لاجنبى كان له خاصة دون العاقد فان مات الاجنبى في زمن الخيار ثبت الآن له لان الحق و الرفق له في الحقيقة و هو اصح وجهى الشافعية على تقدير اختصاص الاجنبى بالخيار انتهى .

و فيه مالا يخفى فان حق المشروط له خيار الاجنبى لا خيار نفسه و الاول لا يصلح للانتقال اليه و الثانى لم يثبت بالاشتراط و تهافت صدر الكلام مع ذيله واضح فان اختصاص الاجنبى بالخيار حيا انما هو لعدم ثبوته لغيره بالاشتراط فكيف يحكم بكون الحق له مع هذا الحكم و الاعتراف فان ثبت هذا الحق للمشروط له بالشرط فما وجه اختصاصه بالاجنبى و ان انتقل اليه بالموت فمع انه لا يورث لعدم كونه حقا و عدم كون المشروط له من حيث هو كذلك وارثاً فهو خلاف ما ادعاه من ان الحق و الرفق له في الحقيقة فانه يريد ان هذا في الحقيقة للمشروط له من اول الامر و هذا لا

يلائم انتقاله اليه بموته .

و كيف كان فالامر واضح و كذلك الحال فيما اذا مات واحد من الاجنبيين القائم بهما خيار واحد اما اذا كان احدهما أو كلاهما عاقداً فالظاهر قيام وارثه مقامه فان اعتبار الاجتماع انما قيد الحق ولم يخرجه عن الحقية و فيه تأمل فانه لو اعتبر المجموع شخصاً واحداً و جعل لهما حق واحد فلا يعقل الانتقال إلى الوارث لان المجموع لا وارث له فافهم .

وقد يقال لو اتفق الموت حينئذ أو احد اسباب الحجر كالجنون و الاغماء لاحدهما فيرجع الى الحاكم و يضم الحاكم احداً غيره اليه كما في الوصية لعموم ادلة الولاية في الحكم انتهى ، اما بالنسبة الى الاجنبي فعلى المختار من عدم ثبوت الحق فلضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه ولا معنى لاقامة الحاكم بدلا عن الشرط و على القول بثبوت الحق له و انتقاله الى وارثه فلا معنى لولاية الحاكم بعد موته و اقامة غيره مقامه .

و اما العاقد فيقوم الوارث مقامه إن لم يكن لشخصه خصوصية في الشرط والفرق بين المقام و بين الوصية في غاية الوضوح فان الوصية ليست متقومة بالوصي فلا تبطل بموته و ليست الوصاية حقاً تنتقل إلى الوارث فمع بقاء الوصية و عدم من يقوم بها يرجع الامر إلى الحاكم في تعيين من يقوم بها و اين هذا مما نحن فيه .

الرابع لا ريب في عدم اشتراط حضور غير ذى الخيار في فسخه سواء كان مشاركا فيه ام لا و سواء كان كل منهما ذا خيار ام كان لهما خيار واحد و نفى عنه الخلاف في (المبسوط) على ما في (الدروس) و اما ما يحكى عن بعض اهل القصور من ذهابه إلى اشتراط الحضور فما به من الوهن و الفتور في غاية الظهور و وافقه على ما في (الدروس) من اصحابنا (ابن الجنيد) و (ابن حمزة) قال الرابعة لصاحبه الفسخ و الامضاء في حضور الاخر و غيبته بحكم حاكم و عدمه نعم ثبوته يتوقف على الاشهاد مع النزاع و قال (ابن الجنيد) يشترط في الخيار المختص في الفسخ و الامضاء الحضور أو الحاكم أو الاشهاد قال و في المشترك لا ينفذ الفسخ و الامضاء الا بحضورهما وقال (ابن حمزة) لابد في المشترك من اجتماعهما على الفسخ و الامضاء انتهى .

نعم يعتبر الاجتماع في الرأى و التوافق على الفسخ و الامضاء إذا لم يستقل الفاسخ و الملزم في الخيار بل اشتراك غير واحد في خيار واحد فلو اجتمعا نفذ و اما لو اختلفا بطل ما وقع من كل منهما من الفسخ و الامضاء و اما إذا كان الخيار لواحد مستقلا و كان الاخر وكيلا عنه فيقدم السابق مع الاختلاف كما في الوكيلين و بطل مع التقارن ومع الشك يرجع إلى اصل اللزوم .

و اما إذا استقل غير واحد بالخيار فان كان الغرض رجوع امر العقد إلى كل واحد بحيث لو اجاز أو فسخ لم يكن مجال للاخر قدم السابق مطلقا سواء كان فاسخاً أو مجيزاً فان فسخ اللاحق كاجازته في مناط عدم النفوذ و هو كونه مسبوقا بفعل نافذ مناف له و ان كان الغرض تسليط كل منهم على الفسخ و انما له الاجازة من طرفه بمعنى ان له الزام العقد و احكامه من جانبه الراجع إلى سقوط هذا الخيار قدم الفاسخ مطلقا و ليس هذا الايجاب اسقاطاً بل انما هو مثل ايجاب احد المتعاقدين مع بقاء خيار صاحبه فان الاحكام من طرف ذى الخيار غير اسقاط استحقاق الفسخ و الايجاب كما مر بيانه فتأمل جيداً فان هذا معنى دقيق لا يهتدى اليه الا ذو نظر عميق هذا .

و لكن لا يخفى ان عبارة الوسيلة لا تدل على ما نسب اليه بل مفادها عين ما حققناه فافهم فظهر فساد ما في (الجواهر) من انه لا وجه له .

ولا بأس بنقل عبارة الوسيلة فان الاصحاب قد زلت اقدامهم في فهمها قال وخيار الشرط يكون لمن شرط له اما للمتبايعين أو لاحدهما أو لغيرهما فان شرط لاحدهما مدة معينة من الزمان كان له الخيار في المدة و ان شرطت لهما و اجتمعا على فسخ و امضاء نفذ و ان لم يجتمعا بطل و ان شرطت لغيرهما و رضى نفذ البيع و ان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الامضاء و ان اراد رفع الخيار كان لهما انتهى .

و الظاهر انه اراد من كون الخيار لغيرهما رجوع الامر اليه فمعنى الخيار اختيار احد الطرفين و البناء عليه و تعيينه لا ما هو المصطلح و في (الدروس) بعد نقل هذا الكلام: ولم يشترط كونه عن المشترى و هو تعريض منه على اطلاقه بعد ارتضائه اصل الحكم حيث ان عدم رضا الاجنبى لا يتعقبه خيار المبتاع الا اذا اشترط المبتاع

المؤامرة على البايع و الافعدم رضا الاجنبى بستعقب خيار البايع وكان اطلاق الوسيلة انما هو لكون هذا الشرط اى اشتراط المؤامرة من المشترى فلا يتوجه هذا الاشكال و ما حملنا عليه الوسيلة ليس ببعيد كما فهمه (الشهيد قدس سره) فان المؤامرة ليست عنوانا مستقلا في كلمات السلف .

وفي (الدروس) قبل نقل هذا الكلام و يجوزاشتراطه لاجنبى منفردا فلا اعتراض عليه و معهما أو مع احدهما ولو خولف امكن اعتبار فعله والا لم يكن لذكره فائدة انتهى ، و الظاهر ان ضمير فعله و ذكره راجع الى الاجنبى لا إلى احدهما و المراد بالامكان الاحتمال و المراد بالاعتبار النفوذ المطلق بحيث لا يكون عليه اعتراض و الحاصل ان اشتراط الخيار للاجنبى مع احدهما يحتمل ان يحمل على المؤامرة فان التعيين للاجنبى و العمل للمشروط له و هذا نحو اشتراك أيضاً فيحمل اطلاق الانضمام عليه لعظم فائدة المؤامرة و شيوعها و تداولها فالتنوين في فائدة للتفخيم و النفى متوجه إلى القيد فلا يرد الاعتراض عليه بان الاشتراك في الخيار بمعنى ثبوت خيار واحد لهما ايضاً مشتمل على فائدة فان فائدة المؤامرة اكثر .

ان قلت لا دليل على حمل كلام غير المعصوم على الاكمل مع انه قد يتعلق الغرض باعتبار الاجتماع على النحو الاخر و حينئذ فالمؤامرة ليس احسن بل اعتباره بمكان من القبح لانه مفوّت للغرض .

قلت نعم ولكن كثرة الفائدة اوجب شيوعها بحيث ينصرف الاطلاق اليها لا انا نحمله عليها لكثرة الفائدة .

و يؤيد هذا التفسير تعقيبه بكلام (ابن حمزة) الذى هو كالنص في المؤامرة على ما عرفت لعدم ارتباطه به الاعلى هذا التقدير كما لا يخفى ، فما في (الجواهر) بعد نقله عنه من انه في غير محله لعله في غير محله فكانه زعم ان الذى احتمله (الشهيد قدس سره) تقديم فعل الاجنبى مع استقلال كل من الاجنبى واحد المتعاقدين بالخيار مطلقا لانه نقل كلام (ابن حمزة) و عبارة (الدروس) بعد ما حكم بتقديم الفاسخ ولو كان اجنبياً و حكم على الاول بانه لا وجه له و على الثانى بانه في غير محله متفرعا

حكمه هذا على وضوح تقديم الفاسخ مطلقا وقد عرفت الحال فيها .

و قال (شيخنا قدس سره) بعد نقل ما في (الدروس) اقول ولو لم يمض فسخ الاجنبي مع اجازته و المفروض عدم مضى اجازته مع فسخه لم يكن لذكر الاجنبي فائدة انتهى ، و كانه زعم ان مرجع الضميرين احد المتعاقدين لا الاجنبي فعارضه بان عدم الاعتبار بفعل الاجنبي ايضاً كعدم اعتبار فعل احد المتعاقدين فكما ان الاول يوجب انتفاء فائدة ذكر احد المتعاقدين فالثاني أيضاً يوجب انتفاء فائدة ذكر الاجنبي و بما ذكر يظهر اندفاعه لان المشروط له لابد من ذكره في خيار المؤامرة لان الخيار له و انما للاجنبي الامر .

و بالجملة فهذه المعارضة على هذا التفسير بينة الفساد وكانها مبنية على ما لعله يتراءى من كلامه من احتمال التقديم مطلقا نظراً إلى الوجه المذكور و لكنه عن ساحة كلامه بمراحل فان ثبوت الخيار للاجنبي مع احد المتعاقدين يصدق على صورة المؤامرة و الاشتراك في خيار واحد شخصي و استقلال كل منهما بخيار و ثبوته لاحد المتعاقدين مستقلا و للاجنبي وكالة فاحتمال الاناطة باحد المتعاقدين المشروط له الخيار فيما عدا الاولى بعيد عن ساحة العلماء وكذا الاعتبار بفسخ الاجنبي في الصورة الاولى فان الحكم فيها عدم نفوذ فسخ الاجنبي مطلقا و توقف نفوذه من المشروط له على الامر و في الثانية عدم النفوذ من احدهما منفرداً و في الثالث و الرابع النفوذ من السابق بالضرورة نعم في الثالث وجه لتقديم الفاسخ مطلقا قد تقدم .

فالاولى حمل العبارة على التردد في الموضوع و احتمال حمل اطلاق اشتراط الخيار للاجنبي مع احد المتعاقدين على المؤامرة فلا وقع لما اورده عليه نعم يمكن منع الانصراف و لكنه غير قادح في الاحتمال و هو لم يزد على دعوى الامكان .

و يحتمل ان يكون مقصوده احتمال عدم نفوذ فسخ العاقد عند عدم الاستيمار اذا اشترط المؤامرة وقد صرح به (آية الله قدس سره) حيث قال ليس للشارط ان يفسخ حتى يستأمر فلانا و يأمره بالرد لانه جعل الخيار له دون العاقد و هو احد قولي (الشافعية) و الثاني انه يجوز له الرد من غير ان يستأمر و ذكر الاستيمار احتياطاً و

المعتمد الاول انتهى .

الخامس لا يشترط في هذا الاجنبي شيء مما يشترط في الوكيل على المختار و يلزم على من ذهب إلى انه توكيل اعتبارها بل اعتبار ما يعتبر في الوكالة في هذا الاشتراط نعم يعتبر تعيين من له الخيار فلو تبايعا بشرط الخيار لاحدهما أو لاجنبي بطل الشرط و صرح في (التذكرة) ببطلان العقد أيضاً وهوعلى القول باستلزام بطلان الشرط لبطلان العقد ظاهر و اما على العدم فالظاهر انه ايضاً كذلك لسراية الغرر إلى البيع .

السادس للوكيل ان يشترط الخيار للموكل و لنفسه و لثالث مع رعاية المصلحة و منع (الشافعي) من الاخير و ابطل البيع و هو احد وجهيه في الاولين على ما في (التذكرة) و مما يتفرع على ما مهدنا من كون خيار الشرط بحسبما يشترط انه يجوز مطلقا و ان يكون مقيداً بقيد من القيود فمنه التقييد بالاستيمار فليس له الفسخ الا بعد الامر بل ليس له ذلك بمجرد الامر إذاكان المشروط الاستيمار على سبيل الاستشارة فلابد من استقرار الرأى فلو اختلف قولاه اتبع الاخير .

واما ما حكاه في (التذكرة) من ان تجويز الفسخ قبل الامر احد قولى الشافعية فالظاهر انه مبنى على عدم اعتبار الاستيمار في الفسخ و فرض اشتراط الخيار مطلقا و كون ذكر الاستيمار من قبيل ذكر الغاية فكأن الشارط يحتاط باشتراط الخيار للتمكن من امتثال امر من يتوقع امره بالفسخ .

والى هذا ينظر ما في محكى (السراير) من عدم اعتبار سبق الامر في ثبوت الخيار والا فانتفاء المقيد بانتفاء القيد ليس مما يخفى على احد ، فما في (الجواهر) من انه واضح البطلان لا يخلو عن شيء فالاختلاف انما هو فيما يستفاد من هذا الشرط في العرف لا في الحكم فتدبر ولا يجب عليه الفسخ بالضرورة فان المفروض انه مشروط له و ليس للاجنبى شيء و انما يعتبر امره في الفسخ و بالجملة فعدم اقتضاء اشتراط نفوذ الفسخ بالامر وجوب متابعته ضرورى .

و (لشيخنا قدس سره) في هذا المقام ما لا يخلو عن شيء . ولا يسقط باسقاط

الاجنبى المستأمر لان الحق للعاقد لا له بالفرض .

و اما ما في (جامع المقاصد) تبعاً (للتذكرة) من ان الخيار لذلك الاجنبى دون العاقد فليس المراد بالخيار ملك الازالة بل المراد اختيار احد الطرفين و تعيينه و البناء عليه فلا ينافي ما ذكرنا ويجوز اشتراط كل من تقدم الامر على الفسخ ومطابقته له مطلقا سواء كان مقدماً أو مؤخراً أو مقارنا بل يمكن اشتراط المطابقة لرأيه و تقدم الاستيمار على الامر بل غير هذه من الوجوه فان المتبع انما هو جعل المتعاقدين و اشتراطهما .

فما في (الجواهر) من كفاية تقدم الامر على الاستيمار في نفوذ الفسخ اقوى و اسناد الخلاف إلى ظاهر (المبسوط) و (الخلاف) و(التذكرة) و (كنز الفوائد) و(تعليق الارشاد) و (المسالك) من اقتضاء كلماتهم انتفاء الخيار بانتفاء الاستيمار فيه تأمل لما عرفت من اختلاف الحكم باختلاف الغرض و لا نتعقل النزاع من اهل العلم في مثل هذه المسئلة بل تنادى كلماتهم بان مقصودهم دفع ما توهمه (الشافعى) في احد قوليه من عدم اعتبار صدور الامر اصلا و ان الشرط ليس مقيداً حقيقة .

ففى (المبسوط) و ليس له الرد حتى يستأمر لانه شرط ان لا يكون له الردالا باجتماعهما انتهى ، و مفاد هذا التعليل انما هو عدم جواز استقلال الشارط والاجتماع يعم صورة تقدم الامر .

و في (التذكرة) إذا تقرر هذا فانه ليس للشارط ان يفسخ حتى يستأمر فلانا و يامره بالرد لانه جعل الخيار له دون العاقد و هو احد قولى الشافعية والثانى أنه يجوز له الرد من غير ان يستأمر و ذكر الاستيمار احتياطاً و المعتمد الاول انتهى ، و هذه العبارة صريحة فيما حققناه فتدبر .

ولا يشترط تعيين المستأمَر بالفتح بل يصح اشتراط الخيار مرتبطاً بامر واحد من الرجلين أو الرجال مثلا لما عرفت من ان الخيار للشارط لا المستأمر الاجنبى فجهالته لا يوجب الغرر في الشرط و تعيين شخص الشرط غير معتبر نعم يعتبر تعيين نوعه من كونه استيماراً أو مقيداً برد الثمن أو غيرهما و مع الاختلاف فالمتبع كيفية الاشتراط

فان كان المشروط رجوع امر المعاملة إلى كل منهم مستقلا بحيث ينفذ فيها ما فعله فلا يبقى مجال لعمل الاخر قدم السابق سواء كان مجيزاً أو فاسخاً وإن كان المشروط سلطنة الشارط على الفسخ على تقدير امر واحد منهم به قدم الفاسخ .

فما في (الجواهر) من ان مع الاختلاف يقدم الفاسخ و في المتحد إذا اختلف رأيه في المدة يحتمل ذلك و الاخذ بالمقدم و المؤخر كذلك ، كانه ليس على ما ينبغي لوضوح اختلاف الحكم باختلاف الموضوع ثم قال هذا كله بناء على معلومية ما عرفت من اشتراط الاستيمار اما إذا اريد منه غير ذلك من المشاورة و اجالة الرأى معه لا اتباع امره أو نحو ذلك اتبع عملا بالشرط و لعل اطلاق اشتراط الاستيمار ظاهر فيما ذكره الاصحاب و الامر سهل بعد وضوح المأخذ لعدم خروج المؤامرة بنص مخصوص فالمرجع في المراد منها إلى ما يرجع اليه في غيرها من العرف و اللغة بل استقصاء البحث فيها ليس من وظايف الفقيه انتهى .

و انت خبير بانه لا فرق في الرجوع إلى العرف بين المقامين و ان المناط انما هو اعتبار المتشارطين فمع العلم لا اشكال في الحكم و مع الجهل فالمرجع هو الاصل فجعل المسئلة الاولى ذات وجوه و محل الخلاف و احالة الثانية إلى العرف فيه ما لا يخفى و بما مر ظهر الفرق بين اشتراط الاستيمار و جعل الخيار للاجنبى حيث ان الخيار على الاول للشارط غاية الامر انه مقيد و على الثانى للاجنبى و ان كان الحق للشارط على ما عرفت و فرقُ بعضهم بينهما بالاثار ليس على ما ينبغى فتدبر .

ولا يجب عليه رعاية المصلحة الامع كون المشروط الاستيمار على وجه الاستشارة و يسمع دعواه عند الشك و لنعم ما قيل ان استقصاء البحث في هذه المسئلة ليس من وظايف الفقيه فانه تشخيص للموضوع الصرف فهو و غيره في هذا الشأن سواء و الغرض مجرد التنبيه على بعض الجهات .

السابع لو ضربت للخيار مدة فلابد من تعيينها بما لا يحتمل معه الزيادة و النقصان فان غرر الابهام يستقل العقل بفساده و لهذا لا يحتمله الصلح ايضاً على ما حققناه في الرضوان فما تعارف من توزيع الاجرة على النجوم اقساطاً و اشتراط الخيار

عند التخلف ان كان تصريحاً بما يقتضيه الشرط لم يعتبر فيه تعيين زمان الخيار و ان كان انشاء للخيار مع قطع النظر عن ذلك عند التخلف فلابد من تعيين زمان الخيار و حيث اعتبرنا التعيين فالابهام يبطل البيع و ان قلنا بان فساد الشرط لا يوجب فساد البيع لسراية الغرر اليه كما لا يخفى .

الثامن لو لم يضربا للخيار اجلا فالمعروف الفساد لان زمان الخيار مما يختلف باختلافه الغرض طولا و قصراً غاية الاختلاف فيلزم الغرر غاية الامر انه ليس من غرر الابهام حيث ان الزمان ليس مأخوذاً في ماهية هذا الحق بل انما هو كاستحقاق المطالبة و غيره من الحقوق و لهذا يعتبر في النسيئة والسلم تعيين الاجل مع ان استحقاق المطالبة يمكن ان يكون مرسلا غير محدود بوقت، اللهم الا ان يقال انه بعد ان كان في حد نفسه مجرداً عن الزمان فترك التحديد ليس غرراً حيث انه حق معلوم ليست فيه جهالة .

و ذهب (الشيخ قدس سره) و جماعة إلى عدم اعتبار التعيين لكن زعموا انه محدود شرعاً بثلاثة ايام نظراً إلى الاخبار و كانه اجتهاد منهم فيها و الا فلا رواية تدل على ذلك و النبوى المشتمل على الاخذ به قاصر عن افادة ذلك كما لا يخفى و كما يجوز تقييد هذا النوع من الخيار بالاستيمار يجوز تقييده برد البايع مثل الثمن أو عينه إلى المشترى و الارتجاع بالمبيع عيناً فقط أو مع التمكن و بالبدل مع التعذر .

و يدل عليه ان المقتضى و هو نفس العقد موجود فان كون البيع الجامع للاركان مقتضياً للصحة مما لا ريب فيه فانه في نفسه كذلك وقد قرره الشارع على ما هو عليه عند العرف بقوله [احل الله البيع] و ليس في المقام ما يصلح للمنع الا ما يتوهم من التعليق القادح في الانشاء و سيتضح فساده مع انه مما اطبق عليه اهل العلم كافة الا الشاذ من اهل الخلاف مع ان في خصوص المسئلة اخباراً صريحة صحيحة مشهورة .

و يجوز ان يشترط له الرد مطلقا فيكون الغرض مجرد استيفاء الثمن في تمام المدة المضروبة و مقيداً بقيد من القيود مثل ان يكون موزعا عليها بالسوية أو الاختلاف و حينئذ لا يكفي مجرد الرد بل لابد ان يكون على النحو المقرر .

و يجوز ان يشترط الخيار في الكل برد الكل أو البعض و في البعض برد البعض

الخاص و ما دونه لا ما فوقه فان اشتراط الخيار في البعض برد ما فوق ما يخصه من الثمن كاشتراطه في الكل برد الزائد عن المسمى لا معنى له فان رد الثمن عبارة عن اعادته إلى ملك المشترى ولم يكن الزائد في ملكه فلا يتصور الاعادة، هذا حال اشتراط رد الزائد على تمام الثمن في فسخ الكل واما الزائد على البعض فلان عوده اليه لاوجه له الا الفسخ ولا معنى لرده اليه مع انتفاء السلطنة على ارتجاع ما يوازيه من المبيع. هذا كله إذا كان بعنوان الرد.

و اما إذا كان المشروط مجرد الاعطاء مع التجرد عن عنوان الرد فهو و ان سلم عن هذا الاشكال الا انه يجب ادراجه تحت عنوان آخر من امانة أو قرض أوعارية أو هبة أو غيرها والابطال للغرر و في (الدروس) فرع لو شرطا ارتجاع بعضه ببعض الثمن أو الخيار في بعضه ففي الجواز نظر و كذا لو وزّعا الثمن نجوماً ليرد في كل نجم بقسطه أولا بقسطه انتهى.

و ظهر انه لا وجه للتأمل في الجواز و لعل المنشأ ما يتوهم من ان هذا الصنف من الخيار على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على ماورد به النصوص و قام عليه الاجماع.

توضيح المرام ان في المقام اشكالا قد استصعبه الاعلام فذهب كل منهم إلى صوب و هو ان التنجيز معتبر في الشروط كنفس العقود لمنافات التعليق للانشاء فما وجه تعليق الخيار برد الثمن وغيره؟ ولما كان المقام قد زلت فيه الاقدام فلا بأس ببسط الكلام و ان كان اللايق به غير هذا المقام و لنمهد مقدمة تحتوى على بيان امور:

الاول ان الانشاء في العقود و الايقاعات عبارة عن عقد القلب و الالتزام بالاثار الخاصة فالبيع عبارة عن المبادلة اى تبديل المال بالمال و انشائه عبارة من احداث حالة في نفس المنشى بآلة من فعل أو قول نعبّر عنه بعقد القلب و الالتزام بالبدلية و الشراء عبارة عن الالتزام بثمنية الثمن و الطلاق عبارة عن الالتزام و عقد القلب على انقطاع علقة الزوجية وليس الحادث بالبيع اولاً انتقال المبيع إلى المشترى و سلطنته عليه لانه ليس مقدوراً للبايع ابتداء و انما يقدر عليه ثانياً.

بيان ذلك ان الملك انما يقتضى نفوذ التصرفات و اما جعل نفس السلطنة للغير

فليس من مقتضيات نفس الملك و انما هو من آثار شدة الملك فكأن له ملكين :

احدهما ملك العين المستتبع لجواز جميع التصرفات و الثانى ملك الملك اى السلطنة عليه بالأزالة و الابقاء ، و السلطنة الثانية انما هى باعتبار القدرة على سبب النقل و هو احداث المعنى الانشائى في النفس و المخلوق للمنشيء أولا انما هو غرض نفسانى و انما يستند الاثر إليه باعتبار تولده منه الاترى ان الفضول يتحقق منه الانشاء مع ان الاثر لا يحصل قبل الاجازة وكذا الحال في جميع ما يتوقف عليه الأثر مما يتأخر عن الانشاء .

و بالجملة فانفكاك الانشاء عن الاثر غير عزيز فكيف يتوهم انه المنشأ و اقدام المنشيء على انشاء ما يعلم بعدم امكانه محال ولو كان المنشأ نفس الاثار لما وقع الشك في حصولها بعد العلم بوقوع الانشاء ولم يكن لاعتبار امر آخر في حصولها معنى .

الثانى ان كلا من الموضوع والمتعلق وتمامية الانشاء قد يكون محدوداً بحدود ذاتية غير منوطة بجعل المنشيء مثل كون المبيع مما ينتفع به و عدم كونه ام الولد و عدم كون المطلقة حائضاً أو في طهر المواقعة و عدم كون المزوجة ذات بعل أو في العدة و هكذا و مثل كون الموكل فيه مما لا يشترط فيه المباشرة و مثل الخيار الثابتة باصل الشرع كالمجلس و الحيوان وقد يكون محدوداً بحدود مجعولة مثل كون السلعة أو الزوجة موصوفة بصفة خاصة أوكون الموكل فيه في الزمان المخصوص و مثل خيار الشرط فان تمامية الانشاء منوطة بعدم اختيار ذى الخيار الفسخ .

و تلك الحدود بعضها يتوقف عليه حقيقة الانشاء و بعضها يتوقف عليه شخص الانشاء و بعضها يتوقف عليه كمالها و بعضها لايتوقف عليه شيء منها كما انه قد يتوقف على غير تلك مثل كون المنشيء بالغاً عاقلا غير محجور عليه و اقتران الايجاب بالقبول و كون الصيغة على النحو المخصوص اما الحدود المجعولة فيتوقف عليها تمامية الانشاء مطلقا سواء كانت للانشاء أو للموضوع أو للمتعلق ولا يتوقف عليها حقيقة الانشاء .

نعم قد يتوقف شخص الانشاء على الحدود المجعولة للموضوع اللازم اعتبارها فيه كالاوصاف المنوعة للمبيع و لذا يبطل العقد بانتفائها ولا يمكن اسقاطها بخلاف غيرها

فان غاية ما يثبت به الخيار، و اما ما يتوقف عليه القيام أو التعلق أو ترتب الاثر فيرتفع الانشاء بارتفاعه بالضرورة و المراد بارتفاع الانشاء الفساد و الا فقيام الانشاء بالمنشىء في بعض الصور مما لا ريب فيه .

الثالث ان الشيء بعد الحصول لا يتوقف على شيء في حصوله بالضرورة نعم يتوقف على علة البقاء في بقائه فالافعال كالضرب و القتل و الاخبار و الانشاء بعد حصولها لا معنى لتوقفها على شيء و من هنا اشتهر ان التعليق ينافي الانشاء فانه ان كان حاصلا فلا يتوقف على شيء ولا يمكن تعليقه عليه والا فلا انشاء حتى يعلق او ينجز و بالجملة ليس للمنشىء ان يعتبر شيئاً علة لانشائه و يربطه به فان انشاء المرتبط ايجاد متوقف و هو بين الفساد .

الرابع ان ثمرات الانشاءات مختلفة فبعضها لتحصيل الاغراض انفسها و بعضها لتحصيل استعدادها للوجود في الوقت الخاص فالمكاتبة مجعولة لاعداد العبد للانعتاق و جعله بحيث ينعتق عند اداء مال الكتابة بخلاف البيع فان ثمرته نفس الملكية فكل انشاء لابد ان يكون على النحو المقرر عند العرف لعدم شمول الادلة سواه فالبيع مثلا يختص بالمبادلة حين الانشاء و ليس لتحصيل استعداد البدلية فبيع الشيء الان بعد سنة من قبيل التناقض .

الخامس ان ما به يتحقق الانشاء اما خال عن التعليق أو مشتمل عليه حقيقة أو حكماً و التعليق اما على امر اختياري لتحديد الانشاء كالخيار أو لتحديد المتعلق كالصياغه و الكتابة و اما على ما يتوقف عليه الانشاء و اما على كيفيات الموضوع المأخوذ في العقد كتعليق الوكالة على كون البيع عند قدوم الحاج أو كون المشتري من العلماء أو كون القيمة عشرة دنانير و أما على اوصاف موضوع العقد كالعين في العقود المملكة لها كالبيع و الصلح و الهبة و المنفعة في العقود المملكة لها أو المتعلقة بها كالاجارة و الوقف و السكنى و التحبيس و العارية و اما على امر اجنبي سابق على الانشاء أو مقارن أو لاحق والتعليق على اللاحق قد يجامع تأخير الاثر إليه وقد لا يكون إلّا مجرّداً التعليق عليه، والأثر مقارن للانشاء على تقديره مثل قولك (ملكتك الكتاب الان ان جاء زيد غداً).

و كل منها اما بلفظ الشرط اسماً مثل قولك (بشرط كذا) أو فعلا مثل قولك (و اشترطت عليك) أو بحرف الجر مثل قولك (على ان تفعل كذا) أو بادوات الشرط أو على سبيل التوصيف أو على انحاء أخر وعلى التقادير فالمنشىء اما يعتقد وجود المعلق عليه أو عدمه أو ظان باحدهما أو شاك .

السادس ان كلا من هذه الصور اما يعلق فيه الانشاء على الامور المزبورة بان يدور مدارها وجوداً و عدما ابتداء و اما يعتبر قيداً للمنشأ و القضية الملتزم بها فتارة تقول (ان جاء زيد غداً فانت وكيل) و تقول تارة (انت وكيل في البيع ان جاء زيد) و بالجملة فالميزان اعتبار المنشىء كما لا يخفى .

إذا تمهدت هذه ، فنقول : ان الاصحاب اطبقوا على اشتراط التنجيز في العقود فقد صرح به (الشهيدان) وغيرهما من المتأخرين ، بل ادعى جماعة من متأخرى المتأخرين الاجماع عليه صريحاً و حكى عن (الشيخ) و (الحلى) و (العلامة) و عن (فخر الدين) ان تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية و كذا غيره من العقود لازمه كانت أو جايزة و عن (تمهيد القواعد) دعوى الاجماع عليه و عن ظاهر (المسالك) في الوقف الاتفاق عليه ولم ينقل فيه خلاف لاحد ولكن صرحوا في بعض الصور بالجواز بل ادعوا الاجماع عليه أيضاً .

و عن (الشهيد قدس سره) في (القواعد) انه جعل الاصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه كقول البايع (بعتك ان قبلت) وصرح في (الروضة) بصحة تعليق الوقف على الامر الواقع مع علم الواقف بوقوعه كقوله (وقفت ان كان اليوم الجمعة) ثم قال و كذا غيره من العقود و في (الرياض) نفى الخلاف عنه و حكاه عن تصريح جماعة و عن (المسالك) الاجماع عليه و عنه وعن الجامع في مسئلة : ان كان لى فقد بعته ان التعليق انما ينافي الانشاء في العقود والايقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول .

و عن (العلامة قدس سره) في (القواعد) انه علل صحة ان كان لى فقد بعته بانه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطاً و كذا كل شرط علم وجوده فانه لا

يوجب شكافي الجميع ولا وقوفه وحكى ايضاً عن (المبسوط)و (الايضاح) و(الصيمرى).

و عن (الشيخ) في (المبسوط) انه حكى في مسئلة ان كان لى فقد بعته قولامن بعض الناس بالصحة وان الشرط لايضره مستدلا بانه لا يشترط الا مايقتضيه اطلاق العقد لانه انمايصح بيع هذه الجارية من الموكل إذا كان اذن له في الشراء فاذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره و شرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو المثمن أو ما اشبه ذلك انتهى.

و قال (الفاضل القمى قدس سره) ثم ان التعليق قد يكون بالصريح كقولك بعث هذا الفرس ان جاء زيد أوانكحت فلانة ان ذهب عمرو، وقد يكون ضمنياً كمالو باع مال مورثه بشرط موته و اتفق انه كان ميتاً لانه شاك حين العقد في العقد فلا جزم فكانه معلق على موت المورث و هذا إذا لم يحصل له الجزم بالايقاع بان يكون الايقاع عنده معلقاً على الموت والا- يعنى إذا جزم بالايقاع سواء كان متردداً في الوقوع أوخالى الذهن أو معتقداً انه ماله و اتفق في نفس الامر موافقته للواقع- فالظاهر الصحة انتهى.

و اضطربت كلماتهم في مستند الاشتراط فالذي يظهر من البعض ان الوجه منافات التعليق للجزم المعتبر في الانشاء قال (العلامة قدس سره) في (القواعد) الخامس من الشروط الجزم فلو علق العقد على شرط لم يصح و ان شرط المشيئة للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدته و هو احد قولى الشافعية و اظهرهما عندهم الصحة لان هذه صفة يقتضيها اطلاق العقد لانه لو لم يشأ لم يشتر انتهى.

و قال الشهيد قدس سره في القواعد لان الانتقال بحكم الرضا ، ولا رضا الا مع الجزم والجزم ينافى التعليق لكنه قال ان الجزم ينافى التعليق لانه بعرضة عدم الحصول ولو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الافراد.

ثم قال فان قلت يبطل قوله في صورة انكار التوكيل ان كان لى فقد بعته قلت هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول فهو علة للوقوع أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع و كذا لو قال في صورة انكار وكالة التزويج و انكار التزويج حيث تدعيه المرأة

ان كانت زوجتي فهي طالق انتهى ، فظهر منه اختصاص الحكم بالمستقل .

و علله بعضهم بانه مناف لما هو وضع العقود عند اهل العرف و المتعارف بينهم و اختلف عبائرهم في تقرير هذا الوجه فبعضهم قرره هكذا و بعضهم قرره بان التعليق ينافي مقارنة ترتب المسبب على السبب المستفاد مما دل على تسبب العقود فان هذه الاستفادة انما هي من جهة انصراف الادلة إلى ما هو المتعارف و المتعارف هو التنجيز وقد يقرر بان المعلق لا يعلم شمول الادلة له فان القدر المتيقن انما هو المنجز و هذا الشك ايضاً من جهة انصراف الادلة إلى ما هو المتعارف فارادة غيره محتملة غير ثابتة .

وقد يقرر بان التعليق موجب لتأخير المعلول عن علته التامة فان المراد ان العقد لكونه عند اهل العرف علة تامة فتأخير اثره عنه و تشريك غيره المؤخر عنه في الوجود معه خلاف ما التزموا به من تمامية التأثير و عدم تأخير اثره عنه فلا تشمله الادلة .

قال (الفاضل قدس سره) ان اصل النقل لابد ان يحصل بنفس الانشاء و ذلك لا يكون الا بالجزم و القطع بذلك و التعليق ينافي ذلك و اللفظ المذكور في العقد هو الناقل فلو علق تأثيره على حصول شيء آخر لم يحصل النقل بذلك اللفظ و هو خلاف المفروض .

و الظاهر ان قوله و اللفظ المذكور الخ ، وجه ثان فاشار بما قبله إلى ما ذكره العامة و بما بعده إلى الوجه المتقدم آنفاً فتدبر و قال بعضهم ان التعليق ينافي الانشاء عقلا و انه غير قابل للتعليق بالذات و كأن الوجه فيه ان الانشاء لكونه فعلا اختياريا يتوقف على ارادة حتمية فان الشيء مالم يجب لم يوجد و التعليق لكونه موجباً للترديد يمنع من صدور الانشاء عن المنشيء و قيامه به .

و تحقيق المقام ان هذه الاقسام مختلفة الاحكام اما الشروط المستقلة فلا اشكال في صحتها و عدم قدحها في العقود سواء كانت راجعة إلى كيفية الانشاء كشرط الخيار أو إلى احوال متعلقه كشرط الصياغة و الكتابة سواء كانت ضمنية أو صريحة و سواء اعتقد المنشيء تحققها أو عدمه أو ظن باحدهما أوشك لا لأنها ليست تعليقاً بل انشاءات مستقلة كما قيل فان شرط الخيار يعلق لزوم الانشاء على عدم فسخ ذى الخيار و شرط

الصياغة و الكتابة يربط مورد الانشاء بالمشروط ارتباطه بمتعلقه بل لان شرط الخيار مكيف للعقد بكيفية خاصة لا معلق له على شيء و غاية ما تفيده الشروط الاختيارية صيرورة المشروط بمنزلة جزء من العوضين فحالها كحال العوضين .

و بالجملة فلا يحصل بالشرط ربط للعقد زايداً على ما كان له بالعوضين فان ازدياد المرتبط به و نقصه لا يوجب كثرة الارتباط و قلته و ربط العقد بمتعلقه محقق و مقوم له لا مناف له مبطل اياه و من هنا ظهر ان التردد في تحقق هذا الشرط بل الجزم بعدم تحققه لا ينافي العقد لان الجزم بعدم تسليم احد العوضين لا ينافي الانشاء بالضرورة و كذا الحال في التعليق على ماله دخل في تحقق الانشاء أو ترتب الاثر عليه مع الجزم بوقوعه فهو مثل قولك (ان كنت ابنى) محقق و مؤكد للانشاء كقول القائل (ان كانت زوجتى فهى طالق) و مع التردد و الجزم بالعدم فان لم يمنع من اقدام المنشيء على الالتزام فلا اشكال في الصحة أيضاً .

وقد مر ان الالتزام كالرضا لا ينافي الجزم بانتفاء المتعلق و مع المنع فالامر واضح ولا فرق في ذلك بين ما كان من احوال الموضوع أو متعلقه و ما لم يكن كذلك وقد اشتهر ان تعليق العقد على مقتضاه لا بأس به حتى ان (الشهيد قدس سره) في (القواعد) صحح تعليق البيع على القبول بل على كون المبيع ملكا للبايع .

و عن بعضهم صحة تعليق الخلع على قبول الزوجة مع ان شيئاً منها ليس مما يقتضيه الانشاء و يتوقف عليه فان قيام الانشاء بالبايع لا يتوقف على قبول المشترى بل يستحيل ان يتوقف عليه لاستلزامه تقدم الشيء على نفسه نعم يتوقف ترتب الاثر عليه و البيع المركب من الايجاب و القبول ليس انشاء قائماً بشخص حتى يقال ان القبول من مقوماته و مقتضياته و اما كون المبيع ملكا للبايع فالامر فيه اوضح فانه لا يتوقف عليه الا ترتب الاثر و كذلك الحال في الخلع .

و بالجملة فالظاهر ان المناط عندهم مجرد ارتباط الانشاء بما تعلق عليه سواء توقف عليه ذاته أو ترتب الاثر عليه و كان الوجه فيه انه ليس الاجريا على ما هو الواقع و ليس امراً حادثا من قبل المنشيء و التصريح بالواقع لا وجه لافساده بخلاف

التعليق على الاجنبى فانه اما يستتبع تأخير الاثر أو يستلزم التردد المنافى للجزم وقد عرفت ان التأخر الحاصل بسبب تأخر العلة غير التأخير بالاختيار الذى هو مخالف لوضع الانشاء .

و الحاصل ان تعليق الانشاء على ما هو معلق عليه في الواقع ليس الا تنبيهاً على ما هو الواقع بخلاف احداث التعليق فمع تأخر المعلق عليه خروج عما عليه الانشاء كقولك في الانشاء (بعتك هذا إذا جاء الصيف) و مع التردد كقولك (بعتك ان كنت تقياً) مع الجهل بتقواه فالبايع انما يتحقق منه الالتزام على تقدير تحقق التقوى و المفروض جهله بها و لازمه عدم تحقق الالتزام حينئذحيث ان الجهل بالامر الوجدانى غير معقول و تحققه مع الجهل بالشرط مناف للاشتراط ولا يرد النقض بما لو جهل بتحقق ما يرتبط به الانشاء بالذات حيث ان نفس الالتزام لا تردد فيه كما عرفت .

فالفرق ان التعليق على المرتبط ليس تعليقاً في الحقيقة بل اظهار للتعلق والارتباط بخلاف التعليق على الاجنبى فانه مع الجهل به في الحقيقة ترديد في الالتزام و هو في الحقيقة ليس انشاء ففرض الاصحاب ان مثل هذا و ان كان انشاء صورة الا انه عند التحقيق ليس كذلك ، فلا يتحقق الانشاء الا مع الجزم به ، نعم لا يعتبر الجزم بتحقق ما يرتبط به مما عرفت تفصيله .

فظهر ان ارتباط الانشاء بالمعلق عليه مصحح للتعليق سواء توقف عليه ذاته أو آثاره ولذالم يفرقوا بينهما وحكموا في الجميع بالصحة لعدم جريان الوجوه المذكورة حينئذ فما قد يناقش في تعليلهم للجواز في الصور المزبورة بان المعلق عليه مقتضى العقد من ان مثل القبول و الملكية و المشية لا يتوقف عليه قيام الانشاء بالمنشىء فلا يقتضيه الانشاء لا وجه له لان الفارق كون الربط حادثا بجعل المنشىء و كونه ثابتاً في حد ذاته كما عرفت و ليس لخصوص توقف الانشاء دخل في الصحة .

و يظهر من (الشهيد قدس سره) في (القواعد) الجزم بالبطلان فيما لوزوج امرأة يشك في انها محرمة عليه فظهر حلها معللا بعدم الجزم حال العقد قال و كذا الايقاعات كما لو خالع امراة أو طلقها و هو شاك في زوجيتها او ولّى نائب الامامقاضياً

لا يعلم أهليته و ان ظهر اهلا ثم قال و يخرج من هذا بيع الوارث مال مورثه بظنه حيوته فبان ميتاً لان الجزم هنا حاصل لكن خصوصية البايع غير معلومة و ان قيل بالبطلان امكن لعدم القصد إلى نقل ملكه و كذا لو زوج امة ابيه فظهر ميتاً انتهى .

فان اراد عدم الجزم بالالتزام المنافي لذات الانشاء كما هو الظاهر فهو بمكان من الوهن لما مر مراراً من ان الالتزام كالرضا يمكن ان يتحقق مع الجزم بعدم تحقق متعلقه فضلا عن التردد نعم ان قلنا ان حقيقة هذه الانشاءات ايجاد الاثار المترتبة عليها فالنكاح ايجاد علقة الزوجية والطلاق احداث الفرقة و التولية ايجاد الولاية كما توهم فله وجه ولكن قد ظهر في المقدمة خلافه و ان اراد عدم الجزم بترتب الاثر فهو كذلك ولكن قام الاجماع على عدم اعتباره في الجملة كما في طلاق الغائبة و نكاحها و بيع الغائب و توكيله مع التردد في تحققه وقد سبق منه تصحيح البيع المعلق على القبول و الملكية .

ثم العجب من قوله و يخرج من هذا الخ فان الانشاء و الجزم حاصل بالفرض فكيف يمكن ان يقال ان البايع غير معلوم مع ان المفروض انه الوارث مع ان جهل المنشيء بكونه منشئاً ضروري الاستحالة .

توضيح ذلك ان بيع الوارث مال مورثه مع ظن الحيوة اما عن المورث فضولة و اما عن نفسه برجاء موت المورث و اما عن نفسه مستقلا عدوانا و اما على الغفلة و كيف كان فخصوصية البايع معلومة ، اللهم الا ان يقال ان مراده انه لكونه تابعاً عن المورث لم يقارن طيب نفسه لنقل الملك عن نفسه فيبطل لاشتراط صحة العقد بمقارنة طيب نفس المالك لكنه يتم على القول ببطلان بيع المكره مع تحقق القصد و عدم تأثير الاجازة و هو خلاف التحقيق بل الحق ان صحة الفضولي على طبق القواعد كما يظهر بالتأمل فيما تقدم منا من ان الاجازة كاشفة حقيقة .

و بالجملة فالمراد أن خصوص كون الوارث مستقلا بالبيع لم يكن معلوماً حال العقد مع كونه في الواقع كذلك فلم يصدر منه الانشاء على هذه الجهة فيبطل لانه انما رضى بانتقال المال من ملك المورث لا من ملكه وقد سبقه إلى هذا الاحتمال (العلامة قدس

سره) في (النهاية) و(الفخر) في (الايضاح) على ماحكي و لكن حكي ان المستفاد من (القواعد) و (الارشاد) الاجماع على الصحة .

و اعجب من هذا ما علل به الفساد من انه و ان كان منجزاً في الصورة الا انه معلق في الواقع و التقدير ان مات مورثي فقد بعتك ضرورة ان نفس الالتزام ليس منوطاً بذلك غاية الامر ان وقوعه عنه غير معلوم وقد عرفت انه غير قادح .

هذا و يمكن ان يقال ان التعليق على الامر الاجنبي أيضاً غير قادح مالم يستلزم تأخر الاثر و ان جهل بتحققه فان كون مرجعه إلى عدم تحقق الانشاء ممنوع الاترى ان الاوامر و النواهي يمكن ان تكون معلقة على شروط مجهولة الحصول كالاذن و المدح و الذم فكما يمكن ان يرخص شخصاً في التصرف في المال على تقدير مجهول ككونه عالماً فكذا يمكن ان يبيعه كذلك و محصله الالتزام بكون المبيع له على هذا التقدير لا مطلقا و كون نفس الالتزام و الانشاء محققاً لا ينافي الجهل بتحقق ما التزم به فكما يصح طلاق المرأة على تقدير كونها زوجة فكذا يمكن طلاقها على تقدير كونها زينب مع الجهل و مرجعه إلى انشاء القضية المشروطة فكما يمكن الاخبار بالشرطية فكذا انشاؤها .

اللهم الا ان يدعى انه على خلاف المتعارف فلايشمله الادلة أو يتمسك بالاجماع و كلاهما محل نظر اما الاول فواضح و اما الثاني فلان مورد كلماتهم غالباً انما هو التعليق المستلزم للتأخير ففي وكالة الشرايع و شرطها ان تقع منجزة فلو علقت على شرط متوقع او وقت متجدد لم يصح وفي الوقف منه و يبطل او علق بصفة متوقعة .

وفي (الروضة) عقب قول الماتن في الوكالة ويشترط فيها التنجيز بقوله فلو علقه على شرط متوقع كقدوم المسافر او صفة مترقبة كطلوع الشمس لم يصح انتهى . فالمراد من الصفة ما يعلم بتحققه و ان لم يتحقق في الحال نعم له اطلاق آخر و هو المقارن المجهول فلاحظ و تتبع و كيف كان فتحصيل الاجماع مشكل و مقتضى الضوابط الصحة و لكن الانصاف انه لا يمكن انكار كون المنع معروفاً عندهم والله ولي الهداية .

و بالتأمل فيما حققناه يظهر ما فيما صدر عن الاصحاب في هذا الباب و نحن

انما نتعرض لما صدر عن (شيخنا قدس سره) قال ثم انك قد عرفت ان العمدة في المسئلة هو الاجماع و ربما يتوهم ان الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الانشاء للتعليق و بطلانه واضح لان المراد بالانشاء ان كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه الا ان الكلام ليس فيه و ان كان الكلام في انه كما يصح انشاء الملكية المتحققة على كل تقدير فهل يصح انشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر كقوله (هذا لك ان جاء زيد غداً) و (خذ المال قرضاً او قراضاً اذا اخذته من فلان) و نحو ذلك و لا ريب في انّه امر متصور واقع في العرف و الشرع كثيراً في الاوامر و المعاملات من العقود والايقاعات .

و يتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل من ان ظاهر ما دل على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعليق اثره بشرط من (المتعاقدين) مخالف لذلك و فيه بعد الغض عن عدم انحصار أدلّة الصحة و اللزوم في مثل قوله تعالى [اوفوا بالعقود] لان دليل حلية البيع وتسلط الناس على اموالهم كاف في اثبات ذلك - ان العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد [اوفوا بالعقود] الا مفاد اوفوا بالعهد في ان العقد كالعهد اذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد .

والحاصل انه ان اريد بالمسبب هومدلول العقد فعدم تخلفه عن انشاء العقد من البديهيات التى لا يعقل خلافها و ان اريد به الاثر الشرعى و هو ثبوت الملكية فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكية المنجزة بل هو مطلق الملك فان كان البيع غير معلق كان اثره الشرعى الملك الغير المعلق وان كان معلقاً فاثره الملكية المعلقة مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جداً ، مع ان ما ذكره لا يجرى في مثل قوله (بعتك ان شئت او ان قبلت) فانه لا يلزم هنا تخلف اثر العقد عنه مع ان هذا لا يجرى في الشرط المشكوك المتحقق في الحال فان العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفاً مع ان ما ذكره لا يجرى في غيره من العقود التى قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى و ليس الكلام في خصوص البيع و ليس على هذا الشرط في كل عقد دليل عليحدة .

ثم الاضعف من الوجه المتقدم التمسك في ذلك بتوقيفية الاسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن و ليس الا العقد العارى عن التعليق اذ فيه ان اطلاق الادلة مثل حلية البيع و تسلط الناس على اموالهم و حل التجارة عن تراض و وجوب الوفاء بالعقود و ادلة سائر العقود كاف في التوقيف .

و بالجملة فاثبات هذا الشرط في العقود مع عموم ادلتها و وقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الاجماع محققاً او منقولا مشكل انتهى .

و فيه للنظر مواقع : منها ما ذكره في ابطال الوجه الاول فان الاحتمال الاول تطويل و ما ذكره في الاحتمال الثانى عليل فانه لم يقع في المعاملات من العقود والايقاعات ما يشمل على التعليق بالمعنى المبحوث عنه كيف و هو معترف بقيام الاجماع على عدم الجواز و انه المستند فكيف يمكن وقوع ما يخالفه الا ان يقال ان الاجماع على الاصل لا ينافى قيام الدليل على الخروج ولكن ليس هذا الحكم عند الفقهاء مما يقبل التخصيص بالنسبة الى احدى الصورتين وغير مخصص بالنسبة الى الاخرى قطعاً .

توضيح ذلك ان التعليق المبطل عندهم على قسمين على ما عرفت : احدهما ما ينافي الجزم و هو التعليق على الاجنبى المجهول و هذا هو الذى زعموا منافاته للانشاء بالذات عقلا حيث ان الجزم من لوازم الانشاء والترديد مناف له و هذا و ان كان محل نظر على ما حققناه الا ان دعوى وقوع هذا النوع من التعليق في الشرع واضحة الفساد بينة الوهن و يا ليته اقتصر على دعوى وقوعه في الاوامر على ما اشرنا اليه فافهم .

والثانى ما يوجب تأخير الاثر كقولك (بعتك هذا من الشهر الاتى) و هذا انما يقدح لكونه خروجاً عما عليه البيع من كونه تبديلا من حينه لا مطلق التبديل وكذا الحال في غيره فان الوقف عبارة عن التصدق من حينه والنكاح عبارة عن التزويج كذلك بل الاجارة عبارة عن التسليط على العين لاستيفاء المنفعة كذلك و كون المنفعة مؤخرة لا ينافي ذلك فانه فرق بين قولك (آجرتك الدار الان من السنة المستقبلة) و قولك (آجرتكما من السنة المستقبلة بعد شهر) .

والثانى هو الذى يشبه المقام لا الاول فان تأخر المنفعة المملوكة من العقد لا ينافى

فعلية التمليك ولا يجرى هذا في ملك العين حيث ان الزمان ليس مشخصاً لملك الاعيان بخلاف المنافع فان الزمان مشخص لها ضرورة ان الانتفاع من الدار في كل سنة غير الانتفاع منها في غيره .

والحاصل ان اثر الانشاء لا يمكن تأخيره عنه بالاختيار حيث انه على خلاف وضعه نعم قد يكون اثره مجرد الاعداد فيتأخر الفعلية عن الانشاء كالوصية والمكاتبة و التدبير و المضاربة و المزارعة و المساقات فلابد من ملاحظة حقيقة الانشاء و ان اثره ماذا ؟

وكأنّ مثل هذه الموارد اوقع (شيخنا قدس سره) في هذه الشبهة فزعم ان الوصية تمليك بعد الممات والمكاتبة عتق معلق على اداء مال الكتابة والتدبير عتق معلق على الموت والجعالة تمليك معلق على العمل وهكذا و لكن الحق ما حققناه من الفرق بين الاثرين فافهم .

و اما ما ذكره من المثال فهو ليس مما نحن فيه حيث ان القرض والقراض يتوقفان على وجود المال عقلا و نظيرهما في ذلك توقف الطلاق على الزوجية و لا ريب في ان تعليق الانشاء على مايرتبط به بالذات غير قادح و ما لم يتمكن الشخص من اخذ المال لم يتحقق القرض والقراض فهذا ليس من التعليق في شيء نعم قوله (هذا لك ان جاء زيد غداً)عند الفقهاء تعليق باطل مع الجهل بالمجيء او ارادة التأخير والوجه ما عرفت.

و منها ما ذكره في ابطال الوجه الثاني فان محصل هذا الوجه ان هذه الانشاءات لم يرد في الشرع بالنسبة اليها الا منع او تقرير فادلة الصحة لا تدل الا على تنفيذ ما هو المتعارف على ما هو عليه غالباً و لم يرد بالنسبة الى التعليق تصرف جديد و هي في حد انفسها آبية عنه على ما عرفت .

فالادلة ظاهرة في ترتب آثارها عليها حال الوقوع لانها في حد انفسها كذلك والادلة ظاهرة في التقرير فعدم انحصار دليل الصحة في قوله تعالى [اوفوا بالعقود] و قصوره عن افادة ترتب الاثر من حين الوقوع لان الوفاء ليس الا العمل بمقتضى العقد سواء كان منجزاً او معلقاً لا يقدح في الاستدلال حيث ان نظر المستدل ليس الى ما

زعمه من ان تأخير العمل بالعقد ينافى الوفاء كى يدفع بان الوفاء ليس الا العمل بما يقتضيه العقد بل انما نظره الى ما حققناه من ان الادلة ظاهرة في التقرير والانشاءات في حد انفسها آبية عن التعليق .

و بالجملة فلم يستند احد في دعوى هذا الظهور الى هذه الاية كيف و لا امتياز لها من غيرها الا ان يتوهم ان الامر يدل على الفور والتأخير ينافيه و هو مع فساده في نفسه لا دلالة له على ذلك فافهم .

و من الغريب ما زعمه من دلالة تسلط الناس على اموالهم على صحة المعاملات حيث ان قصور الالة لاينافى سلطنة الفاعل بالضرورة فعدم ترتب الاثر على الميسر والرباء ليس تخصيصاً في دليل سلطنة الناس على اموالهم كما لايخفى ولايخفى ان ما تنبه له هنا من انه ليس مفاد [اوفوا بالعقود] الا مفاد اوفوا بالعهد في ان العقد كالعهد يجب الوفاء به على حسب ما وقع بعينه ما نبه عليه (آية الله قدس سره) في (المختلف) في مقام منع دلالة الاية على اللزوم على ما حققناه سابقاً فراجع و تدبر .

و اما قوله والحاصل الخ ففيه ان المانع من صحة البيع المعلق على امر متأخر انما هو خروجه عما بنى عليه في العرف من المبادلة الفعلية والمنع من كونه كذلك لا يجدى في المقام فان القدر المسلم المعلوم انما هو الخالى عن هذا النوع من التعليق فلابد من اثبات كون المتعارف اعم وليس المقام مقام المنع لان العموم امر زائد فالقائل بان اثر البيع مطلق الملك عليه الاثبات و يكفى للحكم ببطلان المعلق عدم الدليل على الصحة و ادلة صحة البيع لا تتكفل ببيان اثره بل لا يعقل ان تكون كذلك من هذه الحيثية ضرورة استحالة تقدم الشيء على نفسه .

قوله مع ان تخلف الملك عن العقد كثير ، فيه ان التخلف الغير المستند الى المتبايعين لا مانع منه وانما القادح التخلف المستند الى جعلهما كما عرفت .

قوله مع ان ما ذكره لايجرى الخ ، فيه ان هذا لو كان قادحاً فانما هو لمنافاته للجزم لا لذلك وقد عرفت ان التحقيق خلافه ، والحاصل ان فساد التعليق ليس في جميع الموارد لهذا الدليل وليس التعليق على المشية والقبول مبطلا عند الجميع فلا معنى للنقض فتدبر .

و اما قوله مع ان ما ذكره لا يجرى في غيره من العقود الخ ففيه انا لا ندعى إستحالة تأخير الاثر عن الانشاء عقلا كي لا يقبل التخصيص بل نقول ان الانشاءات لابد ان تكون على النحو المتعارف فكلما كان في العرف علة تامة للاثر المقصود لا يسوغ فيه التعليق على المستقبل المستتبع لتأخير الاثر واما اذا لم يكن كذلك بل كان مما يمكن تأخير اثره عنه بحسب وضعه فلا بأس مع ان هذا ليس من تأخير الاثر في الحقيقة .

و بالجملة ان اراد بتأخر مقتضى غير البيع من العقود عنه التأخر الناشى من الانشاءات فذلك معلوم الفساد و ان اراد التأخر بحكم الشارع فهذا هو الوجه المتقدم و قد عرفت ان التخلف بحكم الشرع لا يدل على جواز الانشاء مؤخراً فحكم الشارع في بيع الصرف مثلا بعدم حصول الملك بمجرد العقد و توقفه على القبض لا مانع منه اصلا لكن تمليك العين الان من الزمان المستقبل فاسد .

و ان اراد التأخر الناشى عن تأخر الموضوع كما في المضاربة والمزارعة والمساقات فلا دلالة لجوازه على جواز التأخير من قبل المنشىء بل لا يجوز في العقود المزبورة تأخير زائد على ما يلزمها مع ان هذا التأخير ثابت في بيع الثمار على بعض التقادير ولا حاجة الى التشبث بثبوته في غير البيع و ان اراد مثل تأخر الانعتاق عن المكاتبة ففيه انه ليس اثراً ابتدائياً للعقد بل انما اثره الذى هو علة له اعداد المملوك للانعتاق و هو يحصل بمجرد العقد و يستحيل انفكاكه عنه .

قوله ثم الاضعف الخ ، فيه ان هذا بعينه هو الوجه المتقدم والتمسك بالعمومات لتشخيص الاثار من الغرائب فان الشك في صحة العقد المشتمل على التعليق انما هو لعدم احراز تحمل حقيقة البيع اياه والشك في كونه من البيع المتعارف و بالتدبر يظهر ما في بقية كلامه و ما في كلام غيره من الاصحاب رضوان الله عليهم .

واذ قد تبين ان نفس الانشاءات لا تتحمل التعليق على ما فصل فهل الشروط تتحملها ام لا ؟ لا ريب ان الترديد حيثما كان منافياً للانشاء لا فرق فيه بين ان يتعلق بنفسه او بخصوصياته كما انه لا اشكال في جواز التأخير حيث ان الشرط لا اختصاص له باثر بل هو نافذ مطلقا كالصلح على ما مر مشروحاً و لما كان الظاهر من تعليق الخيار على رد

الثمن المجهول حصوله الترديد المنافي للجزم المعتبر في الانشاء اضطربت كلمتهم في توجيهه والتفصي عنه فالتزم بعضهم بانه تعليق قام الدليل على جوازه و بعضهم على ان الرد قيد للفسخ وآخر على انه قيد للانفساخ و يتوهم من كلام بعض انه شرط لوجوب الاقالة والمحققون على انه فسخ فعلي .

و هذه الوجوه تختلف باختلافها احكام :

منها السقوط بالتلف فعلى التعليق يسقط مطلقا قبل الرد ان كان المشروط خصوص استرجاع العين و بعده لا يسقط الا اذا كان بآفة سماوية و اما اذا اتلفه المشترى او غيره ضمن البدل من المثل والقيمة و انتقل حق البايع اليه و اما على كونه قيداً للفسخ و كونه فسخاً فعلياً فالاتلاف في تمام المدة المضروبة موجب للضمان مطلقاً و لا فرق بين ما قبل الرد و ما بعده و اما على الانفساخ فلا خيار مطلقا فالمبيع قبل الرد للمشترى ولا يضمن بالاتلاف و بعده للبايع على تقدير وجوده و مع عدمه فان كان المشروط الانفساخ المطلق رجع الى البدل و ان كان الانفساخ برجوع العين لم يؤثر الرد شيئاً و من هنا يظهر حال اشتراط الاقالة فانها لا اختصاص لها بالعين .

و منها الحكم التكليفي للاتلاف فانه لا يجوز في المدة المضروبة على تقدير كون الرد قيداً للفسخ وكونه فسخاً فعلياً بخلاف غيرهما فانه لا مانع من تصرف المالك في ماله في المقام الا مزاحمة حق الغير والمفروض عدمها لان الحق انما يثبت في المدة المضروبة على تقدير الضرب على ان يكون الرد فسخاً فعلياً او قيداً له .

و منها السقوط بالاسقاط فانه انما يؤثر على التقديرين المزبورين خاصة و اما على الاقالة والتعليق فلا يؤثر الا على كفاية القدرة على ايجاد سبب الحق في القدرة على اسقاطه واما على الانفساخ فالسقوط مبني على كون القدرة على سبب الانفساخ حقاً .

و منها ان التصرف في الثمن بناء على توهم اسقاطه للخيار انما يكون كذلك على الوجهين مطلقاً اذا كان جزئياً مشروطاً رد عينه او مطلقاً منصرفاً اليه و اما على التعليق فانما يوجب السقوط بعد الرد و على الانفساخ والاقالة لا يسقط بالتصرف قطعاً .

و منها انه يورث على غير الانفساخ والاقالة من غير اشكال و اما عليهما فاشكال .

و منها ان تلف الثمن قبل الرد على الوجهين من المشترى ايضاً على مذهب من يعمم قاعدة ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له و على غيرهما من البايع جزماً و اما بعد الرد فمن المشترى على الوجهين ايضاً اما على تقدير كون الرد قيداً للفسخ فلانه تلف في زمان خيار البايع و اما على كونه فسخاً فعلياً فان كان الرد بالاقباض فلانه ملك للمشترى تالف في يده او ما في حكمها .

و اما اذا كان بمجرد التمكين على تقدير كفايته فاشكال من انتفاء الامانة المالكية والشرعية و من كونه غير مضمون قبل الرد على البايع بل كونه مضموناً على المشترى فيستصحب و كذا الحال في التعليق والامر في الانفساخ واضح و اما على الاقالة فهي من البايع مطلقاً قبل الفسخ و متى حكم بان تلف الثمن من المشترى انفسخ البيع واما على كونه من البايع فالظاهر بقاء خياره و سيجيء تفصيل القول في كل من المقامات انشاءالله تعالى والمقصود هنا مجرد التنبيه على اختلاف الاحكام باختلاف الاقسام .

هذا مجمل القول في الفرق بين الوجوه و قد عرفت ان الحق عدم قدح هذا النحو من التعليق وان المبطل منه انما هو المستتبع لتأخير الاثر بلا حاجة الى هذه التكلفات ولو قلنا بامتناعه ومنافاته للانشاء فالاحسن الالتزام بانه فسخ فعلى و اما الانفساخ فليس مما يدخل تحت الشرط كما لا يخفى . ثم انه على ما حققناه من جواز التعليق لا اشكال في جواز اشتراط المشترى الخيار برد المبيع بل على مذهب كل من ذهب الى عدم مخالفة المسئلة المتقدمة للقواعد وانطباق قاعدة من القواعد عليها .

فروع :

الاول : ان مقتضى ما حققناه من ان التصرف ليس من المسقطات و انما هو من احد طرفى التخيير عدم جريانه في المقام فلا ينافى التصرف بقاءه مطلقاً في المقام .

توضيح ذلك ان الخيار على انحاء منها السلطنة على الفسخ فقط و منها السلطنة على الفسخ و الايجاب ، و منها السلطنة على الفسخ والتصرف فيما انتقل عنه والايجاب و التصرف فيما انتقل اليه بمعنى ان يكون له احد الامرين فهو مالك لان يفسخ و يتصرف فيما انتقل عنه ما لم يوجب او يتصرف فيما انتقل اليه فانه مخير بين امرين

كل منهما امران فاحد الطرفين الفسخ و التصرف فيما انتقل عنه والاخر الايجاب و التصرف فيما انتقل اليه فكون التصرف رضا معناه ان هذا هو الذى خيره الشارع بين ارتكابه بالرضا منه و بين الفسخ و اذ قد تصرف بالاختيار فلا شرط له اى ليس له ما اعتبره الشارع في معاملته و هو الخيار في ثلثة ايام فكأنه بيان لقوله عليه السلام مشترى الحيوان بالخيار فان طرفى التخيير غير مذكور فيه والقدر المتيقن من السلطنة انماهو التمكن من الفسخ فهو مخير بين الفسخ و تركه .

و يستفاد من هذا البيان انه مخير بين امرين وجوديين : الاول الفسخ والتصرف فيما انتقل عنه ، والثانى الايجاب والتصرف فيما انتقل اليه ، و قد بيناه سابقاً و عرفت ان الايجاب غير الاسقاط وان التعدى الى خيار المجلس على القاعدة كما ان كون التصرف فيما انتقل عنه فسخاً كذلك و مع ذلك فلا مجال للتعدى الى خيار الشرط حيث انه بحسب جعل المتعاقدين فيصح ان يكون لذى الخيار الفسخ فقط فيكون مخيراً بينه و بين الترك و ان يكون له الفسخ والايجاب فيكون مخيراً بين الوجوديين و قد عرفت ان الاجنبى المجعول له الخيار مسلط على الايجاب دون الاسقاط .

ففى مثل هذا يظهر الفرق و ان يكون من قبيل خيار الحيوان بان يكون احد طرفى التخيير الفسخ والتصرف فيما انتقل عنه والاخر الايجاب والتصرف فيما انتقل اليه فتحقق اللزوم بكل من الايجاب والتصرف والاسقاط والفسخ بانشائه والتصرف فيما انتقل عنه على ما مر مشروحا .

فظهر ان التصرف لا اثر له في خيار الشرط الا اذا كان المشروط التخيير بينه و بين الفسخ بان يكون في عرض الايجاب كما هو الحال في خيار الحيوان مع انا لو التزمنا بانه مسقط تعبداً فانما يكون كذلك في المبيع لا في الثمن و لهذا بنينا على عدم تأثيره في الخيارات التعبدية ايضاً على هذا التقدير ايضاً فان الخيار انما يتعلق بما استقل بتعلق العقد به وهو المبيع لا الثمن مع ان التعبد على تقدير التسليم انما هو في خيار الحيوان والاجماع على التعدى الى خيار المجلس لا يدل على جريانه في خيار الشرط والمناط غير منقح والقياس ليس من مذهبنا فافهم فلا اشكال في ان عدم كون تصرف البايع في الثمن

مسقطاً لخياره ليس مخالفاً للقاعدة بوجه من الوجوه فظهر من ذلك ما في كلمات الاصحاب من الاضطراب .

فعن (السبزوارى) و (الاردبيلى قدس سرهما) استظهارعدم سقوط هذا القسم من خيار الشرط بالتصرف لان المدار عليه في هذا الخيار و لانه شرع لانتفاع البايع بالثمن والمشترى بالمبيع فلوسقط بهسقطت الفائدة فيوضعه و للموثق المفروض في بيع الدار لاحتياج البايع الى الثمن المصرح فيه بكون الغلة للمشترى .

وفيه ما عرفت من انه ليس على خلاف القاعدة كى يحتاج الى دليل مع انه ليس له تشريع مستقل كى تجب فيه رعاية الفائدة و لو سلم فانما الملحوظ فيه انتفاع البايع بالثمن و اما انتفاع المشترى بالمبيع فليس ملحوظاً في صنف هذا الخيار و ان اتفق في بعض الاشخاص مع انه اجنبى عن المرام فان الغرض بيان السر في عدم سقوط خيار البايع بالتصرف في الثمن فافهم .

و اورد عليه (شيخنا قدس سره) بانه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب في غير مورد النص عليه باتفاق الاصحاب و اما بناء هذا العقد على التصرف فهو من جهة ان الغالب المتعارف البيع بالثمن الكلى و ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن و لذا قوينا حمل الاطلاق في هذه الصورة على ما يعم البدل و حينئذ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلا على الرضا بلزوم العقد اذ لا منافات بين فسخ العقد وصحة هذا التصرف واستمراره و هو مورد الموثق المتقدم او منصرف اطلاقه او من جهة تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف ايضاً او للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف في الثمن و قد مر ان السقوط بالتصرف ليس تعبداً شرعياً مطلقاً حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد انتهى .

وفيه للنظر مواقع : منها قوله انه لا مخصص لدليل سقوط الخيار الخ ، فان قيام الاجماع على الانسحاب حتى في المقام ممنوع فان مورد كلماتهم على كثرة اختلافها وغاية اضطرابها انما هو المبيع و لو كان ما يوهم الاجماع على انه مسقط مطلقا فانما هو في غير خيار الشرط كما لا يخفي على المتتبع .

و منها قوله و اما بناء هذا العقد الخ فان الاختلاف بالكلية والجزئية لا يورث اختلاف الحكم وانما الفارق على هذا المذهب كون ما يقع التصرف فيه هو الذى اشترط دفعه في الخيار و عدمه الا ان يقال ان الغرض من هذا استظهار كفاية رد المثل و فيه ان الظاهر في المتعارف من بيع الخيار ذلك مطلقا و ان كان الثمن شخصاً كما لا يخفى .

ومنها قوله اذلامنافات الخ فان تأثير التصرف للاسقاط ليس من اجل منافاته للفسخ قطعاً حتى على ما زعمه من انه انما يكون مسقطاً للكشف عن الرضا نوعا وكيف يتوهم المنافات بين النظر الى الجارية و فسخ بيعها و ردها الى مالكها و كذا اللمس و غيره مما لا ريب في ايجابه للاسقاط نعم لو قلنا باعتبار الكشف الشخصى فلدعوى المنافات العرفية وجه ولكنه خلاف اجماع جميع اهل العلم .

و منها قوله او من جهة تواطى المتعاقدين الخ، فان هذا مرجعه الى ما افاده من ان المدار في هذا الخيار على التصرف في الثمن فلا معنى لابطال كلامهما به فتدبر .

و عن (المصابيح) الرد عليه بمخالفته لاطلاق النصوص السقوط بالتصرف لان المدار عليه وان التصرف المسقط ما كان في زمن الخيار و هو لا يحصل هنا الا بعد الرد و لا ينافى شيء مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد لان ذلك منه بعده لا قبله و ان كان قادراً على ايجاد سببه فيه ان المدار على الفعل لا على القوة على انها لا تتم فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة و لا فرق على الظاهر في التصرف في المردود بين كونه عين مال المشترى و بين كونه مثله او قيمته لصدق الرد ودلالة التصرف فيه بعده على الالتزام شرعاً او عرفاً على الوجهين السابقين و قد يحتمل في الاخيرين العدم لعدم صدق التصرف فيه ضرورة تغاير البدل للاصل الا ان الاول اقوى انتهى .

وفيه انه لااطلاق في النصوص و انما تمسكوا للتعدى الى خيار المجلس بالاجماع نعم توهم بعضهم عموم التعليل وهو ايضاً لم تم غير الاطلاق فهذا الكلام في غاية الغرابة و تظهر بقية ما فيه مما تقدم منا فتدبر .

و اورد عليه (شيخنا قدس سره) بان المستفاد من النص والفتوى كما عرفت كون التصرف مسقطاً فعلياً كالقولى يسقط الخيار في كل مقام يصح اسقاطه بالقول والظاهر عدم

الاشكال في جواز اسقاط الخيار قولا قبل الرد، هذا مع ان حدوث الخيار بعد الرد مبنى على الوجه الاول المتقدم من الوجوه الخمسة في مدخلية الرد في الخيار و لا دليل على تعينه في بيع الخيار المتعارف بين الناس بل الظاهر من عبارة غير واحد هو الوجه الثاني .

او نقول ان المتبع مدلول الجملة الشرطية الواقعة في متن العقد فقد يؤخذ الرد فيها قيداً للخيار وقد يؤخذ قيداً للفسخ نعم لو جعل الخيار والرد في جزء معين من المدة كيوم بعد السنة كان التصرف قبله تصرفاً مع لزوم العقد و جاء فيه الاشكال في صحة الاسقاط هنا و لو قولا من عدم تحقق الخيار و من تحقق سببه انتهى .

و فيه مع ما عرفت من ان التصرف في عرض الايجاب و ليس اسقاطاً ان سقوط الخيار متفرع على ثبوته و لا معنى للالتزام به قبل الرد على هذا القول فالسقوط بالقول على هذا القول واضح الفساد فكيف يمكن نفي الاشكال عنه في قبال من يزعم ان الخيار لا يثبت الا بعد الرد فانه اشبه شيء بالمصادرة .

قوله‌مع ان حدوث الخيار الخ، فيه انه لا ريب في ظهور القضية في التعليق و انما ارتكب الاصحاب ما عرفت لاجل انه عندهم فاسد مفسد للانشاء فمع الالتزام بجواز التعليق لا مانع من ابقاء القضية على ظاهرها و يكفي هذا في ترجيح هذا الوجه على غيره فافهم .

و قد يناقش فيما في المصابيح باقتضائه جهالة الابتداء حينئذ اولا و بصدق زمن الخيار عليها جميعها عرفا ثانياً و بمنافاتها لما تسمعه منهم غير مرة من جعل هذه المدة زمن الخيار ثالثاً .

منها ما اعتمدوه في رد قول (الشيخ) بالملك بعد انقضاء الخيار بهذه النصوص المصرحة بان المبيع ملك المشترى والثمن ملك البايع قبل انقضاء مدة الخيار فلولا انها مدة خيار ما اتجه لهم ذلك الا على تكلف بعيدانتهى، وفيه انه لا دليل على اعتبار المدة لهذا الخيار غاية الامر انه يجب التعيين على تقدير الاعتبار كما عرفت و لزوم الغرر ممنوع و قد ذهب (الشيخ قدس سره) و جماعة الى عدم اعتبار المدة و اما صدق زمن

الخيار عليها فممّا لامحصل له حيث ان كون الزمان زمان الخيار وعدمه انما هو بجعل المتعاقدين و لا معنى للرجوع فيها الى العرف و قطع النظر عن اعتبارهما و اما كونها زمن الخيار عند الاصحاب فلا يكون حجة على احد فانه مبنيّ على ابطالهم للتعليق و هذا (الفاضل قدس سره) قد صححه كما عرفت (و لشيخنا قدس سره) في هذا المقام ايضاً ما لا يخلو عن خلل فلاحظ و تدبر .

الثاني : ان الحق جواز التصرف في المبيع للمشترى و نفوذه مطلقا نعم لو كان الغرض ارتجاع العين فلا يجوز اتلافه اما الاول فلان الحق ان لم يكن متعلقاً بالعين بل كان الغرض مجرد السلطنة على فسخ المعاملة فظاهر انه لا منافات بين الاتلاف و بقاء حق ذى الخيار فلا مانع من تصرف المالك في ماله فغير الاتلاف جايز نافذ بالطريق الاولى فحيثما فسخ البايع رجع الى البدل و ان كانت العين موجودة اذا انتقلت الى غير المشترى ببيع و نحوه بل بالهبة الجايزة ايضاً او كان هناك مانع كالاستيلاد او صارت موقوفة او تحررت و اما الثانى فلان الحق متعلق بالعين كالشفعة فيرتجعها بعد الفسخ اينما وجدها و لا اثر لما تعلق بها حتى العتق والوقف فيبطل من حين الفسخ كما هو الحال في الشفعة لسبق الحق و قدم لهذا بيان فيالمباحث السابقة والاتلاف تضييع للحق فلا يجوز بخلاف سائر التصرفات لعدم المنافات فينفذان جميعاً .

الثالث : ان مقتضىما حققنا من بطلان تصرفاتالمشترى من حين الفسخ انه لو وجد العين مستأجرة وكان الحق متعلقاً بالعين بان استحق ارتجاعها بالفسخ ارتجعها و ابطلالاجازة تبعاً لفسخالعقد وهذا واضح وانما الاشكال فيما لوكان غرضه جبرالخسران فالمبيع وبدله سيّان في تعلقالحق فيمكن ان يقال بوجوب صبرالفاسخ الى انقضاء مدة الاجارة جمعاً بين الحقين فليس للفاسخ شيء منالمسماة و اجرة المثل و يمكن ان يفصل بين المدة القصيرة و الطويلة جبراً للضرر و هو يتصور على وجوه :

منها ان يحكم حينئذ بانفساخالاجارة ويشكل بان حق الفاسخ لم يتعلق بالعين قبل الفسخ بالفرض والاجارة وقعت من اهلها في محلها .

و منها ان يحكم بالرجوع الى البدل لتعذر استرجاع العين مستتبعة للمنافع

والالزام بالعين المسلوبة المنافع ضرر ينافي ماجعل الخيار لاجله ، و بالجملة فالعين بحكم التالف فان المانع الشرعي كالعقلي و يشكل بان جبر الضرر لا ينحصر في ذلك فلا معنى للرجوع الى البدل مع بقاء العين .

و منها ان يكون مستحقا للبدل في زمان الاجارة خاصة فيرجع الى العين بعد انقضائها كما هو الحال في بدل الحيلولة وفيه ان الحيلولة بالاستحقاق لا يورث الضمان فلو لم يكن استحقاق لم تتحقق الحيلولة فافهم .

و منها ان يرجع الى الاجرة المسماة و فيه ان الاجارة على تقدير بقائها راجعة الى المشترى و على تقدير انفساخها فلا مسماة

ومنها التخيير بين الرجوع الى البدل و تضمين اجرة المثل و كانه رجم بالغيب .

ومنها تضمين المنفعة باجرة المثل خاصة فان مناط ضمان العين موجود في المنافع والصفات فهو باتلافه للمنفعة ضامن لها فعليه الغرامة و فيه ان المفروض عدم تعلق الحق بالعين فلا وجه للتضمين و انما يرجع الى البدل مع تلف العين من اجل ان اليد مقتضية للضمان بالبدل الحقيقي و انما حال العقد بينهما و اقتضى الضمان بالمسمى فاذا ارتفع المانع بالفسخ ترتب على المقتضى اثره .

و هذا هو السر في استحقاق البدل بالاقالة على تقدير التلف والا فالاقالة ليست من اسباب الضمان وقد مر لهذا في المباحث السابقة بيان فاستحقاق البدل في عرض استحقاق المبدل منه حينئذ بخلاف ما لو كان الحق متعلقاً بالعين خاصة فان الفاسخ لا يستحق البدل بالفسخ حينئذ الا اذا صارت العين مضمونة بغير اليد كالاتلاف فان العقد حال بين اليد و مقتضاها و ليس للفاسخ حله الا مع بقاء العين بالفرض فالتضمين حينئذ يحتاج الى سبب آخر فاستحقاق البدل حينئذ مترتب على استحقاق الاصل ففي المقام استحقاقان مترتبان بخلاف المقام المتقدم حيث انه ليس فيه الا استحقاق واحد للمالية فان وجد الاصل خالياً عن جميع الموانع اخذه و الا رجع الى البدل و هذا و ان كان في الحقيقة من باب التغريم ايضاً ولازمه الترتب الا انه فرق بين الترتبين ولهذا يختلف الحال بوحدة الاستحقاق و تعدده فافهم .

وبالجملة فالتغريم من باب الاتلاف انما يتوجه لو تعلق الاستحقاق بالعين ابتداء و على هذا التقدير لا مجال لبقاء اثر التصرف بعد الفسخ لسبق تعلق الحق فالجمع بين نفوذ التصرف والتغريم تناقض بل مقتضى الحكم ببقاء اثر التصرف عدم استحقاق الفاسخ الا العين و هذا الضرر مستند الى اختياره حيث انه لم يجعل لنفسه استحقاق ارتجاع العين و اقدم على الفسخ مع انتقال المنفعة الى الغير و في المقام وجوه اخر تظهر بالتأمل فيما مر .

والتحقيق ان الخيار حيث لم يتعلق بالعين كما هو المفروض بمعنى ان ذا الخيار لم يستحق الا فسخ العقد و انما يترتب عليه انتقال العين حيث كانت في ملك المفسوخ عليه لاقتضاء الفسخ ذلك لا لتعلق الحق بها قبله فلا اثر للفسخ فيما تقدم عليه من التصرفات بل ليس الفسخ بالخيار حينئذ الا كالفسخ بالاقالة و لا ريب في عدم انفساخ الاجارة الواقعة قبلها بها فان الفسخ لا يؤثر الا حل العقد من حينه وانما ينحل ما تعلق بالعين فيما اذا تعلق الحق بها كذلك لا للفسخ .

فليتأمل جداً فان المقام من مزال الاقدام وكلمات الاصحاب في غاية الاضطراب، فمنهم من منع من تصرف غير ذى الخيار بما ينافى عود العين الى ذى الخيار على ما هى عليه وحكى هذا عن (الشيخ) و(ابن سعيد) و (العلامة) في (القواعد) و (المحقق و (الشهيد) الثانيين و عن (مفتاح الكرامة) في مسئلة عدم انتقال حق الرجوع في الهبة الى الوارث ان حق الخيار يمنع المشترى من التصرفات الناقلة عند الاكثر و عن جماعة في مسئلة وجوب الزكوة على المشترى للنصاب بخيار للبايع ان المشترى ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البايع و عن (الجامع) و (الدروس) عدم الخلاف في ذلك .

ومنهم من يستظهر منه الجواز بل عدم الخلاف فيه على القول بعدم توقف الملك على انقضاء زمان الخيار كالمحقق فانه بنى على جواز الرهن في زمن الخيار مطلقا و كذا حكم بوجوب الزكوة في النصاب المملوك و لو مع ثبوت الخيار و استشكل في المقامين في (المسالك) تبعاً لما استشكله في (جامع المقاصد) في ما يظهر من (القواعد) في باب الرهن

وصريح (التذكرة) و (الدروس) في باب الصرف الجواز وكذا في (المختلف) و هوالظاهر من (اللمعة) و لعل المنع من نفوذ التصرف يراد به المنع من نفوذه بحيث لا يملك ذو الخيار ابطاله و هذا و ان لم يحتمله بعض الكلمات الا انه الى البعض قريب .

وذهب بعضهم الى ابطال الفسخ بالخيار ماينافيه من التصرفات من الاصل والحاصل انهم خلطوا الخيار المتعلق بالعين والخيار المتعلق بالعقد مطلقا فاشتبه عليهم الامر والحق ما عرفت من الفرق بين الخيارين كما ان الحق الفرق بين الاتلاف و غيره وان الفسخ في الاول يستتبع بطلان جميع التصرفات و في كلام شيخنا و غيره قدس سرهم انظار لا مجال للتنبيه عليها فتدبر .

الثالث الحق جواز اشتراط الخيار حتى يرد العين في بيع من ينعتق على المشترى للبايع وليس هذا منافياً للسنة و لا لمقتضى العقد ، اما الاول فلان الحر انما لايعود رقا بايجاد سبب لذلك لا برفع سبب الحرية ، الا ترى ان الشفيع له ابطال الحرية والوقف بالاخذ بالشفعة .

و في (جامع المقاصد) بعد الحكم بعدم الجواز تبعاً (للمصنف قدس سره) : الاان يقال ان هذا ليس من مقتضيات البيع بل هو اثر الملك فاذا تحقق اشتراط الخيار كان الملك متزلزلا فلا يلزم حصول العتق اذ هو تابع للملك الثابت انتهى فالحق عود الحر رقاً بالفسخ و كذا الكلام اذا افاد البيع سقوط الحق كما في بيع الدين ممن هو عليه و كذا اذا كان الثمن حقاً مالياً افاد جعله عوضاً سقوطه كالشفعة والقصاص والخيار .

و في التذكرة لو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقاً رجع بقيمة العبد وكذا ان خرج حراً و يحتمل قوياً الرجوع الى القصاص فيهما و به قال الشافعي و احمد و ابو يوسف و محمد و قال ابوحنيفة ان خرج مستحقاً رجع بقيمته و ان خرج حراً رجع بما صالح عنه وهوالدية و قد ظهرت حقيقة الحال وان للمتعاقدين فسخ العقد بالخيار و اعادة الحق بعد سقوطه فكيف و هو لم يسقط في المفروض لفساد الحق بكون العوض حراً او مستحقاً فافهم .

فائدة :

كل سلطان للشخص يصلح للاسقاط بحسب ذاته فانه بمنزلة ملك الاتلاف والنقل الى الغير في الاعيان مقوم لمهية الاستحقاق على الشخص و لهذا يسقط الدين بالاسقاط فانه عبارة عن سلطنة الغير استيفاء قدر من المال من المديون و لشدة السلطنة ينتزع منها اشتغال الذمةواما الشروط فهى وان احدثت للمشروط له حقاً على المشروط عليه الا انه في الشدّة ليس بتلك المثابة و لهذا ليست من المديون و مع ذلك يصلح للاسقاط لوجود المناط و كذا الخيارفانه ملك ذى الخيارعلى صاحبهابطال العقد عليه المستتبع للرد و الارتجاع او التغريم فيصلح للاسقاط .

نعم قد يكون المحدث للحق مولداًله بحكم الشارع مادام باقياً لكون الزوجة زوجة فانه يولد استحقاق النفقة والكسوة مادام باقياً بحكم الشارع فاسقاط ما ثبت واستقر لا يمنع من تجدد الاستحقاق واسقاط الزوجية عن التأثير تصرف في حكم الشارع واما استحقاق الاستمتاع و ما يتجدد لا معنى لاسقاطه لعدم ثبوته و اخراج الزوجية عن التأثير غير معقول .

و اما ما سبق من الازمنة فيسقط ما ثبت فيها من الحق بزوال موضوعه ولا يورث امراً باقياً حتى يسقط بالاسقاط فمن هذه الجهة يتوهم انه من الاحكام .

و كذا الحال في الابوة فان ما سبق يمكن اسقاط ما ثبت به و عدم صلوح الابوة للاسقاط من التأثير والتوليد لا يجعل حق الابوة حكماً واما حق الرجوع فعدم سقوطه رأساً ايضاًمن هذهالجهة لالكونه حكماً نعم من الواضح ان كون الزوجة في العدة مولداً لاستحقاق الزوج كالزوجيّة .

((كتاب))

الرضوان فى الصلح

تأليف

العلامة المحقق الفقيه

الشيخ محمد هادى الطهرانى النجفى

المتوفى سنة ١٣٢١

بسم الله الرحمن الرحيم

و به نستعين :

حمداً لمن بالفقه أكمل النعم ☆ نعمته على عباده أتمّ
فـانـه معـالم الارشـاد ☆ روض الجنان غاية المراد
كشف الرموز ببيان واف ☆ مختلف من الخلاف كاف
وسيلة الايضاح للمسالك ☆ ذريعة التنقيح للمدارك
كشف اللثام جامع المقاصد ☆ نهاية التحرير للقواعد
رياضه حدائق الجواهر ☆ وسائل التهذيب للسرائر
و خصنا بعلة الايجـاد ☆ محمد و آلـه الامجـاد
صلّ عليهم ما بهم اصلحت ما ☆ سواك والعن من تعامى فعمى (١)
ثم يقول خادم الاخوان ☆ محمد هادى الى الرضوان
الصلح ما به التجاذب ارتفع ☆ و هو كغيره اصيل لا تبع
و جاز مطلقا سوى ما حرّما ☆ محلّلا أو حلل المحرما

الصلح في الوضع هو الرجوع إلى الموافقة و قطع الخصومة ، قال في القاموس الصلاح ضد الفساد كالصلوح صلح كمنع و هو صلح بالكسر و صالح و صليح و اصلحه ضدّ أفسده ، وإليه احسن ، والصلح بالضم السلم ، وفيه ايضا السلم بالكسر المسالم والصلح يفتح و يؤنّث ، ثمّ قال و تسالما تصالحا ، و سالما صالحا انتهى .

هذا معناه في اللغة و العرف ، و عند الفقهاء هو ما أى عقد و هو المعنى المنشأ المتوقف على العبارة من الجانبين ، و هذا معناه الاسمىّ الذى لا يصاغ منه باعتباره شيء من التصاريف ، و المعنى المصدرىّ الذى يصاغ باعتباره انما هو الانشاء المتوقف

(١) سواك واللعن على ذوى العمى خ .

على انشاء آخر ، سواء كان مطاوعة له كما هو الغالب أم لا، كما في ما نحن فيه .

و اعلم ان كلماتهم في بيان مفهوم العقد و مهيّات انواعه لا يخلو عن الاضطراب فلا باس بالاشارة إلى جملة مما صدر منهم في هذا الباب ، و تحقيق ما هو الصواب .

فاقول مستمداً برب ّ الارباب ، وأمنائه الاطياب ، سلام الله عليهم: قال في القاموس عقد الحبل و البيع والعهد يعقده شدّه وعن الكشاف عند تفسير قوله عزمن قائل (يا ايّها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) والعقد العهد الموثق شبّه بعقد الحبل و نحوه ومنه قول الحطيئة :

قوم اذا عقدوا عقداً لجارهم ✿ شدوا العناح و شدوا فوقه الكربا

و عن مجمع البيان أن العقود جمع العقد بمعنى المعقود و هو اوكد العهود و الفرق بين العقد والعهد أن العقد فيه معنى الاستيثاق و الشدّ ولا يكون الا بين المتعاقدين و العهد قد ينفرد به الواحد و عن البيضاوى العقد العهد الموثق ثمّ نقل شعر الحطيئة فقال واصله الجمع بين الشيئين بحيث يعسر الانفصال انتهى .

هذا معناه في اللغة و العرف و اما في عرف الفقهاء فهو المركب من الانشاءين المفتقر في تحصّله إلى العبارة من الجانبين و يرشد إلى هذا تقسيمهم مباحث الفقه إلى العبادات و العقود والايقاعات والاحكام قال في التنقيح في عداد ما استدل به على انحصار الفقه في الاربعة ان المبحوث عنه اما يتعلق بالامور الاخروية و هو العبادات اوالدنيوية فاما ان لا يفتقر الى عبارة لفظيّة و هو الاحكام أو يفتقر فاما من اثنين غالبا و هو العقود أو واحد و هو الايقاعات انتهى .

وفي قواعد الشهيد (ره) بعد ما افاد انقسام الحكم الشرعى الى الخمسة المشهورة. و كل ذلك ينحصر في اربعة اقسام العبادات و العقود و الايقاعات و الاحكام و وجه الحصر ان الحكم الشرعى اما ان تكون غايته الاخرة أو الغرض الاهم منه الدنيا،الاولّ العبادات و الثانى اما ان يحتاج إلى عبارة اولا الثانى الاحكام و الاوّل اما ان تكون العبارة من اثنين تحقيقا أو تقديرا اولا، الاول العقود و الثانى الايقاعات .

ثم قال: واما العقود فهى اسباب يترتب عليها الاحكام الشرعية من الوجوب و

الندب و الكراهة و التحريم و الاباحة فان عقد البيع مثلا يوصف بالاباحة .

و فيه أيضاً و تلحق الاحكام الخمسة نفس العقد و ان كان سبباً فيجب البيع عند توقف الواجب عليه كايفاء الدين و نفقة الواجبى النفقة و الحج به و صرفه في الجهاد ويستحب البيع عندالربح إذا كانت السلعة مقصوداً بها الاسترباح و قصد بذلك التوسعة على عياله و نفع المحتاج و يحرم البيع اذا اشتمل على ربا او جهالة او منع حق كبيع راحلة الحاج إذا علم عدم امكان لاستبدال و بيع المكلف ماء الطهارة إذا علم فقده بعده و يكره البيع إذا استلزم تاخّر الصلوة عن وقت الفضيلة و يباح حيث لا رجحان ولا مرجوحية .

و يلحق ايضا الاحكام الخمسة بمقدمات العقد فالوجوب كوجوب العلم بالعوضين و التحريم كالاحتكار و التلقى و النجش عند من حرّمهما و الكراهية كالزيادة وقت النداء و الدخول في سوم المؤمن و المستحب التساهل في البيع و احضاره في موضع يطلب فيه و المباح ما خلا عن هذه الوجوه انتهى .

و الحاصل ان لنادعويين الاولى ان العقد من قبيل المعانى لا الالفاظ الثانية انها لا تصير عقوداً الا بالالفاظ اما الاولى فيدل عليه مع ما عرفت ان البيع و الاجارة و امثالهما عقود مع انها معان متحصلة بالايجاب و القبول :

قال في المقصد الثانى من التذكرة الرهن عقد شرع للاستيثاق على الدّين ثم قال الرهن كالبيع فى افتقاره إلى صيغة تدل عليه و الاصل فيه ان المعاملات لابد فيها من التراضى بين المتعاملين و الرضا من الامور الباطنية الخفية عنا، ولا يمكن التوصل إلى معرفته الا بالصيغ الدالة عليه .

و في المقصد الخامس : الاول في مهية الضمان و مشروعيته و اركانه ، الضمان عقد شرع للتعهد بمال او نفس ثم قال بعد ما افاد ان اركان الضمان خمسة النظر الاول في صيغة الضمان مسئلة لابد في الضمان من صيغة تدل على الالتزام انتهى .

فالصيغة ليست عقدا ولا قابلا للتشريع فان الادلة انما تدلّ على تشريع العلقة التى هى من قبيل المعانى و ليست حال الصيغة الّا كحال سائر الاركان من المضمون عنه

و المضمون له و الضامن و المال المضمون وفي الفصل الثانى منه الكفالة عقد شرع للتعهد بالنفس فشابه الضمان ثم قال مسئلة لابدّ في العقد من صيغة دالة على الايجاب والقبول و هذه العبارة تدلّ على انّ الايجاب و القبول أيضاً من المعانى .

و في الفصل الثالث منه الحوالة عقد لازم فلابدّ فيها من ايجاب وقبول كغيرها من العقود و في المقصد السادس الوكالة عقد شرع للاستنابة في التصرف وهى جائزة بالكتاب و السنة و الاجماع ثم قال الفصل الثانى في اركان الوكالة و فيه اربعة مباحث الاول في الصيغة: الوكالة عقد يتعلق به حق كلّ واحد من المتعاقدين فافتقر إلى الايجاب والقبول كالبيع .

و في المقصد الثامن و هو في الصلح البحث الاول في مهية الصلح: الصلح عقد شرع لقطع التنازع بين المتخاصمين .

و في المقصد الاولّ من كتاب الامانات مسئلة إذا عرفت الوديعة في عرف اللغة فهى في عرف الفقهاء عبارة عن عقد يفيد الاستنابة في الحفظ ثم قال ولابدّ فيها من ايجاب وقبول و الايجاب هو كل لفظ دال على الاستنابة .

و في المقصد الثانى منها البحث الاول في الماهية: العارية بتشديد الياء وهى عقد شرع لاباحة الانتفاع بعين من اعيان المال على جهة التبرع . ثم قال الركن الرابع الصيغة مسئلة لما كان الاصل في الاموال العصمة لم يبح شيء منها على غير مالكها الا بالرضا منه و لما كان الرضا من الامور الباطنية الخفية تعذر التوصل اليه قطعاً فاكتفى فيه بالظن المستفاد من العبارات و الالفاظ و ما يقوم مقامها .

و في كتاب الشركة الركن الثانى في الصيغة قد بينا ان الاصل عصمة الاموال على اربابها و حفظها لهم ، فلا يجوز التصرف فيها الا باذنهم و انما يعلم الرضا والاذن باللفظ الدال عليه فاشترط اللفظ الدال على الاذن في التصرف .

و في المقصد السابع الاجارة عقد يقتضى تمليك المنفعة خاصة بعوض معلوم ثمّ قال الركن الثانى في الصيغة لابد في كل عقد من ايجاب وقبول دالين على الرضا الباطنى.

و في كتاب العطايا الهبة عقد يفتقر الى الايجاب و القبول باللفظ كالبيع و سائر

التمليكات و فيه ايضا الصدقة عقد من العقود و يفتقر إلى الايجاب و القبول .

و في كتاب النكاح النكاح عقد يشتمل على ايجاب و قبول فالايجاب له صيغتان الانكاح و التزويج انتهى .

و ليس علينا استقصاء ما صدر عنهم في هذا الباب و في مامر كفاية مع ان الدعوى من الوضوح بمكان لا يحتاج إلى الاستدلال ضرورة ان العقد في اللغة عبارة عن العهد الموثق و هو من قبيل المعانى و قوله تعالى (اوفوا بالعقود) أيضاً انما يدل على وجوب الوفاء بالعهد و اللفظ ليس من العهد في شيء و كذا قوله تعالى (احل الله البيع) فان المتصف بالحلية في مقابل الربا ليس الا المعنى القائم بالمتعاقدين و كذا قوله تعالى (تجارة عن تراض) فانها ليست عبارة عن الالفاظ و هكذا حال سائر الادلة .

هذا و يظهر من جماعة ان العقد عبارة عن الايجابين حتّى انّ بعضهم فرق بين عقد البيع و نفسه مثلا فذهب إلى ان العقد عبارة عن الايجاب و القبول و البيع ما يحصل بهما و يدلان عليه وتوهم آخرون انّ اطلاق العقد على البيع وغيره وتحديدها به مبنى على اعتقاد كونهما من قبيل الالفاظ و عرفهما آخرون بالايجاب و القبول و باللفظ الدال .

قال في التنقيح بعد قول الماتن اما البيع فهوالايجاب والقبول اللّذان ينتقل بهما العين المملوكة من مالك إلى غيره بعوض مقدر: و للاصحاب في تعريف البيع عباراة لا يخلو من نظر .

الاول قول الشيخ ره في المبسوط انه انتقال عين مملوكة من شخص إلى غير بعوض مقدر على وجه التراضى و فيه نظر لان الانتقال ثمرة البيع لا نفسه و ذلك لان البيع عقد لفظى لا انتقال معنوى .

الثانى قول ابن حمزة انه عقد يدل على انتقال عين او ما هو في حكمهامن شخص إلى غيره بعوض مقدر على جهة التراضى و فيه نظر لانتقاضه بالهبة المعوضة (انتهى) .

و قال في كتاب النكاح فهو إذاً عقد لفظى مملك للوطى ابتداء انتهى و في بيع الشرائع العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم .

وفي المسالك اختلف عبارات الاصحاب في حقيقة البيع فجعله جماعة منهم المصنف في النافع و الشهيد (ره) نفس الايجاب و القبول الناقلين لملك الاعيان و احتجوا عليه بان ذلك هو المتبادر عرفا من معنى البيع فيكون حقيقة فيه و ذهب آخرون الى انه اثر العقد و هو انتقال العين الخ ورده الشهيد قدس سره في بعض تحقيقاته إلى الاول نظراً الى ان الصيغة المخصوصة سبب في الانتقال فاطلق اسم المسبب على السبب وعرّف المغيا بالغاية و فيه نظر .

ثم قال فقوله العقد هو اللفظ الدال (الخ) بحسب ظاهره تعريف لعقد البيع لا للبيع نفسه فلا يكون احد التعريفين بل تعريف لمعنى آخر و يشعر بكون البيع ليس هو العقد فيكون اختياراً للمعنى الاخر و هو الانتقال او ما قاربه فيختلف نظره في الكتابين كما اختلف نظر العلامة (ره) حيث عرفه في كثير من كتبه بالمعنى الاول و اختار في المختلف الثاني ويمكن حمل عبارة المصنف (ره) على ما يوافق النافع بجعل الاضافة في قوله عقد البيع بيانية و اللام في قوله العقد للعهد الذكرى فيكون العقد عبارة عن البيع و هو اللفظ الدال (الخ) انتهى .

وفي الروضة عند قول المصنف (قده) في عقد البيع وآدابه و هو الايجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم .

و هذا كما هو تعريف للعقد يصلح ان يكون تعريفا للبيع نفسه لانه عند المصنف و جماعة عبارة عن العقد المذكور استنادا إلى ان ذلك هو المتبادر من معناه فيكون حقيقة فيه و يمكن ان يكون الضمير عايداً إلى البيع نفسه و ان يكون اضافة البيع بيانية و يؤيده انه في الدروس عرف البيع بذلك مزيداً قيد التراضى و جعل جنس التعريف الايجاب و القبول اولى من جعله اللفظ الدال كما صنع غيره لانهما جنس قريب و اللفظ بعيد (انتهى) .

و في جامع المقاصد عند تعريف المصنف (قده) البيع بالانتقال قال و هذا تعريف الشيخ في المبسوط و تبعه ابن ادريس (ره) وردّه في المختلف و أختار تعريف ابن حمزة و هو ان البيع عقد يدل على انتقال عين محتجا بانّ المتبادر من البيع هو هذا .

واعتذر ولد المصنف ره في بعض تصانيفه[١] وشيخنا الشهيد (ره) بان هذا تعريف السبب بالمسبب و هو تعريف بالغاية و فيه نظر فان المفهوم من بعت ليس هوعقد البيع قطعا وانما المفهوم منه هوالمفهوم من ملكت فان كلا منهما ايجاب للبيع ولو كان المفهوم من البيع هو عقد البيع لما صح الايجاب بملكت و لان البيع هو المقصود بالعقد لا نفسه و كيف يصح تعريف السبب بالمسبب و هو غيره و استعمال لفظه فيه مجاز لا يجوزشرح مهيته به (انتهى) .

و في الجواهر عند شرح قول الماتن القسم الثانى في العقود جمع عقد و هو لغة ضد الحل و شرعا قول من المتعاقدين او قول من احدهما و فعل عن الاخر رتب الشارع الاثر المقصود عليه وفي كتاب البيع في شرح قول المصنف العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك بعوض معلوم وظاهره كاللمعة ان البيع نقل الملك بعوض معلوم و به صرح الكركى (ره) حيث عرفه بانه نقل الملك (ره) و هو صريح في ان العقد عبارة عن اللفظ الدال و البيع عبارة عن النقل المتحصل بالعقد .

ثم قال لا انتقال عين مملوكة إلى ان قال ولا العقد الدال على الانتقال المذكور كما في الوسيلة و المختلف مدعيافي الاخير انه المتبادر من لفظ البيع عند الاطلاق بل ربما ايد بشيوع اطلاق العقد على البيع و غيره من المعاملات و تقسيم العقود اليهما في مقابل الايقاعات وقد سبقهما الحلبى (ره) إلى تعريفه بالعقد فقال في المحكى عن كافيه انه عقد يقتضى استحقاق التصرف في المبيع و الثمن و تسليمهما و في معناه الايجاب و القبول كما في النافع و الدروس و التنقيح (انتهى) .

فانظر كيف أيّد كون البيع لفظاً بشيوع اطلاق العقد عليه و على غيره من المعاملات مع وضوح كون المعاملات من المعانى و ليس الا من جهة ان كون العقد من قبيل الالفاظ كانه مفروغ عنه حتى ان شيوع اطلاقه على هذه المعانى اوهم الجماعة في كونها الفاظاً وعبارات .

و ايضاً قوله و في معناه الايجاب و القبول صريح في ان العقد عبارة عن اللفظ

(١) حواشيه خل .

فان كون الايجاب والقبول من قبيل الالفاظ لاما يتحصل به مما لامرية فيه وقد صرحوا به في ابواب المعاملات و قال أيضاً بعد ما اختار ان البيع هو النقل و لانّ البيع فعل فلا يكون انتقالا لانه انفعال ولاعقدا لما تعرفه و لانه لفظ من مقولة الكيف والمقولات العشرة متباينة فلا يصدق بعضها على بعض .

و هذه العبارة من الصراحة بمكان لا تقبل التاويل و قال في آخر كلامه وقدظهر من ذلك كله أنّ المراد بالبيع اما عقده فهوما ذكره المصنف من اللفظ الدال عليه بلاخلاف معتد به اجده بل يمكن تحصيل الاجماع على كونه كذلك في العقود اللازمة بل لعله من ضروريات المذهب فضلا عن دعوى التواتر فيه من سيّد المرسلين و عترته الائمة الطاهرين صلوات الله و سلامه عليهم اجمعين كقوله انما يحلل و يحرم الكلام و غيره ممّادلّ على توقف عقد البيع وغيره من العقود على الالفاظ بل هى المرادة من العقود بالمعنى الاسمى انتهى و سلك هذا المسلك في جميع ابواب المعاملات و نقل العبارات اطالة لا طائل تحتها و فيما مر كفاية في اثبات انّ العقد باعتقاد جماعة عبارة عن الالفاظ .

ثم اختلفوا فبين من جعل عقد البيع و نحوه عبارة عن اللفظ و نفس البيع وغيره من المعاملات عبارة عما يدل عليه الالفاظ وبين من التزم بكون مهيات العقود عبارة عن الالفاظ و الذى اوقعهم في هذا الوهم استعمال العقد في اللفظ في بعض الموارد مثل قولهم اطلاق العقد يقتضى كذا و كذا و شيوع حمله على الايجاب و القبول مواطاة المقتضى للاتحاد مع ان الاستعمال اعم، والحمل المزبور انما يبنى على المبالغة في اعتبار الالفاظ في العقود و عدم كفاية غيرها فالظاهر ان استعمال العقد في اللفظ من قبيل استعمال الانشاء في الجملة الانشائية و الامر و النهى في الصيغة .

وكيف كان فاطلاقه على المهيات المقابلة للايقاعات ليس مبنيّا على انها من الالفاظ فظهر انه لا دلالة لعبارة الكافى على ان البيع من قبيل العبارات بل يدل على انه من المعانى لما عرفت من ان العقد في عرفهم عبارة عن المعنى المتوقف على العبارة من الجانبين.

و اما عبارة الوسيلة فهى و ان كانت مشعرة بذلك من جهة اسناد الدلالة إلى العقد لكن قد عرفت انها استعارة فاللفظ من شدة الاحتياج اليه و توقف ترتب الاثار عليه

صار كانه العقد المترتب عليه الاثار .

و إلى هذا ينظر ايضاً ما عن الشهيد (ره) تبعا للمختلف من دعوى تبادر العقد من البيع فان البيع يطلق على معان منها المعاملة المركبة من الجزئين و كانه المراد في قوله تعالى (احل الله البيع) و قوله تعالى (و ذروا البيع) و منها الانشاء القائم بالبايع و هو المراد بقوله بعت و منها التمليك المستلزم للتملك المستتبع للقبول سواء كان بالمباشرة أو بالتوكيل و هو الموضوع في خيار الحيوان و الشرط و المجلس وهكذا الوقف حيث يشترط فيه القربة بل اقباضه و الطلاق حيث يحكم عليه بانه بيد من اخذ بالساق فان الاوّل عبارة عن الاخراج عن الملك على الوجه المخصوص و الثانى عن فك العلقة و ان لم يكن بمباشرة الانشاء و اما اللفظ فليس من معانيه اصلا فضلا عن ان يكون متبادرا منه و ليس مثل هذا مما يخفى على مثل هؤلاء الفحول .

اترى ان العاقل يرضى بان يقول ان معنى بعت تكلمت بالايجاب و القبول فهذا مع انه ضرورى الفساد لا يمكن ان يراد، و الّا لزم تقدم الشيء على نفسه فمرادهم ان المتبادر من البيع هو الانشاء المترتب عليه الانتقال لا نفس الانتقال مثلا فهذا الكلام في مقام ابطال ان البيع عبارة عن الانتقال لا انه عبارة عن الايجاب و القبول .

و يؤيد هذا ارجاعهم القول بانه الانتقال إلى القول بانه عقد ولو كان المراد بالعقد هو اللفظ لما كان اولى من القول بالانتقال ليتكلف (١) لارجاعه اليه بما حققه فخر-

---

(١) قوله ليتكلف: وجه التكلف ان المعرف ما يقال على الشيء لافادة تصوره و مفاد الحمل المواطاتى الاتحاد ذاتا و وجودا او وجودا فقط و السبب و المسبب متباينان لامحالة ضرورة استحالة تقدم الشيء على نفسه فلا يصح تعريف احدهما بالاخر و الغاية من علل ذيها فلا تحمل عليه نعم يمكن ان ينتزع ما يحمل على الاخر و يعرف به مثل ان يقال النـار ما يورث الدخان و الاحراق فنقول فيما نحن فيه البيع ما يوجب الانتقال.

و اما ما حكيته عن جامع المقاصد من ان المفهوم من بعت ليس هو عقد البيع قطعاً و انما المفهوم منه هو المفهوم من ملكت فان كلا منهما ايجاب للبيع ولو كان المفهوم من البيع هو عقد البيع اما صح الايجاب بملكت و لان البيع هو المقصود بالعقد لا نفسه و كيف←

المحققين (ره) والشهيد (ره) من انه تعريف بالغاية و المسبب .

و مما يوقع في هذا الوهم تعريف البيع ، بالايجاب و القبول و اللفظ الدال على

→ يصح تعريف السبب بالمسبب و هو غيره و استعمال لفظه فيه مجاز، ولايجوزشرح مهية به ففيه مواقع للنظر .

الاول قوله ان المفهوم من بعت ليس هوعقد البيع وجه النظر ان بعت وغيره من المشتقات انما صيغت من البيع بالمعنى المصدرى وقد عرفت ان البيع يطلق على المركب من الايجاب و القبول ايضا و كون المفهوم من المشتقات ذاك لا ينافى تبادره من الاسم و التعريف انما هو للعقد و هو المعاملة المركبة من الانشائين المتحصلة بالايجابين لا الانشاء القائم بالبايع الذى هو المعنى المصدرى .

و ليت شعرى كيف يظن بمثل هؤلاء الفحول ان يتوهموا ان معنى بعت تلفظت بالايجاب و القبول مع ان فساده لا يخفى على ذوى العقول .

الثانى فى قوله و انما المفهوم منه هو المفهوم من تملكت وجه النظر ان التمليك مجاز فى البيع و حقيقة فى الهبة كما يشير اليه ما فى السلف من المسالك حيث قال مستدلا على وقوع البيع بلفظ السلم ولان البيع ينعقد بملكت كذا بكذا على ما ذكره بعض الاصحاب ولا ريب ان السلم اقرب الى حقيقة البيع من التمليك المستعمل شرعا استعمالا شايعا فى الهبة فاذا انعقد بالابعد لتادية المعنى المراد فالاقرب اذا ادته اولى (انتهى) .

فالمفهوم من بعت بادلت المال بالثمن و مفهوم ملكت جعلته ملكالك و الفرق ظاهر فان خصوصية المالك تتلاحظ فى التمليك بخلاف المبادلة فان المال جعل بازاء مال الاخر فينتقل الى مالك البدل و لهذا يصح ان يقال للوكيل فى الشراء بعتك فانه بمعنى اوقعت المبادلة معك بخلاف ملكتك و ايضا فان التمليك لا يصدق على بيع الدين بمن عليه المفيد للابراء بخلاف المبادلة .

نعم هو اقرب الى البيع من النقل الذى ارتضاه الاكثر فان النقل لا يصدق على بيع الكلى فانه جعل استحقاق المشترى على ذمة البايع ولم يكن البايع مالكا على ذمة نفسه شيئا لنقله الى المشترى ولكن التمليك اعم من نقل الملك و جعله و حقيقة البيع هى المبادلة العامة للنقل و الجعل و ما يفيده الابراء . ←

التمليك و الجعالة بالصيغة ولكن قد عرفت انه مجاز و المقصود افادة اعتبار الصيغة في ترتب الآثار بل في تحقق المهية و يشهد على ذلك اختلاف كلماتهم في ابواب المعاملات

← الثالث قوله ولوكان المفهوم من البيع هوعقدالبيع لماصح الايجاب بملكت ، والنظر فيه من وجهين

الاول انا نمنع بطلان اللازم لما عرفت من تغاير المفهومين .

الثانى انهلافرق بين بعت وملكت فيعدمصحة الايجاب بهما لو كان ماخوذا من البيع بمعنى العقد بالضرورة ولا اختصاص للبطلان بملكت و المستفاد من كلامه التزامه بصحة الانشاء بكلمة بعت ولو صيغت من البيع بمعنى العقد و هذا منه عجيب .

الرابع قوله ولان البيع هو المقصود بالعقد لا نفسه، وجه النظر انه ان اراد بالعقد الايجاب و القبول فالمغايرة مسلمة الا ان كون العقد عبارة عن الالفاظ ممنوع و توهم ان البيع عبارة عن اللفظ عن ساحة العلماء بمراحل و ان اراد به الانشاء المتوقف على العبارة من الجانبين فالمغايرة ممنوعة .

وبيان آخر البيع له معنيان احدهما الانشاء القائم بالبيع والثانى المعاملةالمخصوصة فان اراد انه بالمعنى الاول مقصود بالتبع بالعقد فهو واضح البطلان فانه مقصود من الايجاب فقط و هو ليس عقدا و ان اراد انه بالمعنى الثانى مقصود بالعقد لا نفسه فقد سلب الشيء عن نفسه و تغاير الشيء مع نفسه ضرورى الفساد .

الخامس قوله و كيف يصح تعريف السبب بالمسبب و هو غيره و استعمال لفظه فيه مجاز فلا يجوز شرح مهيته به وجه النظران مجازية اللفظ الموضوع للمسبب فيالسبب تمنع عن استعماله فيه و ارادته منه فى التعريف عندعدم القرينة فان استعمال الالفاظ المشتركة و المجازية فى الحدود لايجوز عند عدم القرينة لانه يورث الاجمال المنافى للتوضيح المقصود من الحدود ، فهو نقض للغرض و اجمال للمحدود وتعريف السبب بالمسبب ليس استعمالا لما وضع للمسبب فى السبب بل استعمال كل من لفظى المسبب و السبب فى معناه و انما حمل معنى احد اللفظين على الاخر ليفيد معرفته و اين حمل المعنى على المعنى من استعمال اللفظ الموضوع للمحمول فى الموضوع هذا على ما نقله ذلك المحقق عن ولد المصنف قده والشهيد ره .

و اما على ما في المسالك فالايراد متوجه فانه قال و ذهب آخرون الى انه انتقال ←

فقد يعرّفون عقدا بالصيغة و عقداً آخر بنفس الانشاء فان الشهيد (ره) في اللمعة مع انه عرف البيع بالايجاب و القبول و الجعالة بانها صيغة ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض عرف الوديعة بانها استنابة في الحفظ و المزارعة بانها معاملة على الارض و المساقاة بانها معاملة على الاصول مع انه لا فرق بين هذه المهيات بالضرورة من حيث كونها من المعاني أو الالفاظ و كذا صنع غيره كما يظهر بالتتبع وايضا تفريعهم عدم كفاية المعاطاة و مجرد الرضا على التعريف باللفظ اقوى شاهد على ما ذكرنا .

و مما مر ظهر ما في ما افاده في الجواهر تبعا للمحكى عن المصابيح من تخصيصه النكاح من بين العقود بانه بحسب الشرع عبارة عن الايجاب و القبول نظرا الى انه في الشرع موضوع للعقد .

قال مستدلا على ان البيع هو النقل: و لان النقل هو الموافق لتصاريف البيع إلى

←العين الى آخر ورده الشهيد قده فى بعض تحقيقاته الى الاول نظرا الى ان الصيغة المخصوصة سبب فى الانتقال فاطلق اسم المسبب على السبب و عرف المغيا بالغاية .

و فيه نظر لان الاطلاق المذكور مجازى يجب الاحتراز عنه فى التعريفات الكاشفة للمهية الا مع قيام قرينة واضحة و هو منتف واما التعريف بالغاية بهذا المعنى فغير جايز انتهى موضع الحاجة .

فبين ما نقله جامع المقاصد وما فى المسالك اختلاف واضح لان جامع المقاصد انما حكى تعريف السبب بالمسبب والمغيا بالغاية وفى المسالك اطلاق اسم المسبب على السبب وتعريف المغيا بالغاية فما اورده فى المسالك على ما حكاه متوجه بخلاف ما حكاه جامع المقاصد .

و لكن يرد على الشهيد ره انه اما من اطلاق المسبب على السبب او من التعريف بالغاية فان تحقق الامرين معا غير معقول لان التعريف بالغاية لا يحصل الا باستعمال لفظها فيها فالجمع بين استعمال لفظ المسبب فى السبب و حمله عليه تناقض لانه فى معنى استعمال اللفظ فى معناه و عدم استعماله فيه و ارادة مسببه منه مجازا ولو كان التعريف معطوفا باو ليكون المنقول عن الشهيد ره وجهين لكان وجها و توجه كل من الايرادين على ما يناسبه من الوجهين فافهم وتامل وتدبر ،منه قدس سره الشريف .

ان قال و المطرد في الجميع هو النقل فيكون البيع موضوعا له اجراء له على الاصل من لزوم التوافق مع الامكان فلا يقدح تخلفه في النكاح لثبوت وضعه للعقد و امتناع الموافقة في انكحت و نحوه فوجب صرفه إلى معنى آخر كتمليك الانتفاع والتسليط على الوطى و غيرهما مما يناسب العقد الذي لم يثبت وضعه فيه للعقد بل قد عرفت ثبوت الخلاف فيه و انه موضوع للنقل بل ربما تكلف و رد تعريفه باحدهما اليه اما بتقدير في الكلام أو باطلاق اسم المسبب أو السبب على الاخر أو بحمل الانتقال و العقد على البيع مبالغة كما في زيد عدل و ان كان مجازا الا انه جاز اتكالا على الظهور ولما قدمناه من ان التعاريف في مثل المقام يراد منها الكشف في الجمله شبه التعاريف اللغوية فلا يضر ارتكاب التجوزفيها (انتهى).

و توضيح النظر انه لافرق بين النكاح و غيره من العقود في ان له اطلاقين احدهما المركب من الانشائين و بهذا الاعتبار يسمّى عقدا والاخر انشاء الاثر المقصود من النقل و التمليك و غيرهما المستتبع للقبول و بهذا الاعتبار يطلق عليه العقد أيضا.

فكما ان البيع بمعناه الاسمىّ عبارة عن مجموع الانشائين و بمعناه المصدرى عبارة عن انشاء النقل على ما قيل مثلا فكذلك النكاح قد يطلق على مجموع التزويج و القبول وقد يطلق على التزويج نعم انما تختص هذه اللفظة من بين الفاظ العقود بكونها بحسب اصل الوضع موضوعة للوطى و غلبتها في التزويج بخلاف سائر الالفاظ.

فمرادهم من ان النكاح لغة الوطى وشرعاً العقد انّ موضوع تلك الاحكام الشرعية هو العقد الذى غلب فيه النكاح لا ان له حقيقة شرعية و ان له اختصاصا من بين سائر الالفاظ بوضعه للعقد بل انما مرادهم افادة ان موضوع الاحكام هو التزويج لا الوطى فان المقصود تعريف المهية لا تفسير الكلمة، و بالتامل فيما مر يظهر ما فيه من وجوه النظر فتدبر.

فثبت بحمدالله تعالى ما ادعيناه اولا من ان العقد عبارة عما يتوقف على العبارة من الجانبين لا نفس الايجابين و يشهد عليه تصريحاتهم و تصريفاتهم كالعاقد و المعقود عليه و تعريفاتهم انواع العقد و تقسيمهم اياه إلى الواجب و الحرام و غيرهما.

و اما الدعوى الثانية وهى ان المعانى العقدية لاتتحصل الا بالعبارة من الطرفين فلمايظهرمن العرف الذى هو المرجع فيمهيات المعاملات حتى توهم جمع من المتاخرين انها ليست الا الالفاظ و لهذا اجمعوا على ان المعاطاة ليست عقدا حتى القائلين بانها بيع و بملاحظة كلماتهم فيها يتضح المقصود الا انى لا اطيل بنقلها و من اراد فليراجعها .

و يشهد على هذا استدلالهم على اشتراط القبول اللفظى حيث يشك فيه بالاجماع على العقدية كما فعله جامع المقاصد في الضمان .

قال و في اشتراط قبوله يعنى المضمون له وجهان ينشأ من واقعة على عليه السلام و التمسك بالاصل و الاصح الاشتراط لان الضمان عقد اجماعا فلا بد فيه من القبول انتهى و قال ايضاً في كتاب الرهن قال في التذكرة الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة و الاستيجاب و الايجاب عليه المذكورة في البيع بجملته آت هنا و يشكل بان باب البيع يثبت فيه حكم المعاطاة بخلاف ماهنا انتهى .

و هذا الكلام منه مبنى على ان المعاطاة عنده ليست عقدا مع انه اسس القول بكونه بيعا و الا فلامانع من شمول اوفوا بالعقود و فيه ايضاً ولابد في الايجاب والقبول من كونهما بلفظ الماضى لانه صريح في الانشاء و لعدم الدليل الدال على ثبوت الرهن من دونه صرح به في التذكرة وكذا لابد فيهما من التطابق و وقوع القبول مع الايجاب بحيث يعد معه جزء فلو تراخى احدهما عن الاخر كثيرا لم يعتد به .

قال في التذكرة و هل يشترط في الصيغة اللفظ العربى؟ الاقرب العدم قلت يشكل بان الاطلاق محمول على المتعارف من العربى و لان هذا من العقود اللازمة فيتوقف لزومه على العربية لاصالة العدم بدونه لا يقال عموم اوفوا بالعقود ينافي الاشتراط لانا نمنع صدق العقد بالعجمية مع امكان العربية انتهى .

و في المسالك في كتاب العارية عند شرح قوله و يفتقر الى الايجاب: مقتضى كونه عقدا تركبه من الايجاب والقبول القوليين وقال بعد قوله و يكفى الفعل : اطلق المصنف و جماعة هنا انه يكفى القبول الفعلى مع اعترافهم بكونها عقدا نظرا الى ان العارية المقصود منها هو الرضا بالاستنابة و ربما كان الفعل اقوى فيه من القول إلى ان قال و

هذا حسن الا ان فيه بعض الخروج عن حقيقة العقد .

و من ثم ذهب بعض العلماء إلى انها اذن مجرّد لا عقد و فرع عليه عدم اعتبار القبول القولي و آخرون إلى ان الايجاب ان كان بلفظ أودعتك و شبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظا و ان قال احفظه و نحوه لم يفتقر إلى القبول اللفظي كالوكالة و هو كلام موجه انتهى .

و في الضمان عند قوله و يشترط رضى المضمون له: و الاقوى اشتراط رضاه لصحيحة عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام و على هذا القول فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراضي ام لابد من كونه بصيغة القبول اللفظي قولان اجودهما الثاني لانه عقد فلابد فيه من القبول ولاصالة بقاء ماكان من شغل ذمة المضمون عنه وسلامة ذمة الضامن و عدم انتقال حق المضمون له الى ان يتحقق المزيل و حينئذ فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود من التواصل المعهود بين الايجاب و القبول وكونه بلفظ الماضي انتهى .

و في الوكالة بعد ما احتمل عدم انعزال الوكيل بعزله نفسه حتى مع علم الموكل به: فلو اكتفينا في قبول الوكيل بفعله مقتضاها كيف كان قوى هذا الاحتمال جدا لانها حينئذ تصير مجرد اذن و اباحة و يجوز مع ذلك اطلاق العقد عليها من حيث انّ قبولها بالقول يصح و يترتب عليه اثر في الجملة (انتهى) فانظر كيف حصر طريق صحة اطلاق العقد على الوكالة في انعقاده بالقبول اللفظي وامثال هذه الكلمات منهم اكثر من ان تحصى.

و بالجملة فبالتتبع في كلماتهم يظهر توقف تحقق العقد على العبارة من الطرفين و لهذا لا يتمسكون بالاية الشريفة عند الشك في اعتبارهما مع اجماعهم على عمومها و ليس الا لتوقف الموضوع عليها و الموضوع لا يثبت بدليل الحكم لاستلزامه تقدم الشيء على نفسه .

ان قلت ان المتوقف على اللفظ من الجانبين انما هو العقد اللازم لا العقد من حيث هو ولهذا فالعقود الجايزة مثل الوكالة و الوديعة و العارية لا تتوقف على القبول اللفظي بل يكفي فيها الفعل بل اعتبار اللفظ من الجانبين في كثير من العقود اللازمة محلّ الخلاف فقالوا بكفاية المعاطاة في البيع و الاجارة وغيرهما وعدم افتقار المزارعة

و غيرها على القبول حتى ان ثانى الشهيدين (ره) استند في القول بكفاية القبول الفعلى في الرهن بانه من طرف المرتهن جايز .

قال في المسالك عند شرح قول المصنّف و القبول هو الرضا بذلك الايجاب اشار بذلك إلى انه لا ينحصر في لفظ والقبول فيه كما مر في الايجاب و يمكن ان يدل على انه لا ينحصر في اللفظ ايضا لامكان استفادة الرضا بالفعل و الاشارة و نحوهما و ان لم يكف ذلك في الايجاب و الفرق ان الرهن لازم من قبل الراهن لانه يتعلق بحق غيره فيجوز ان يعتبر في حقّه مالا يعتبر في حق المرتهن حيث انه من قبله جايز لانه يتعلق بحقه فيكفى فيه ما يكفى في العقود الجايزة المحضة .

و لكن ظاهر الجماعة اعتبار القبول القولى وهو اجود و الكلام في اعتبار المضى او ما يقوم مقامه و عدم الفصل بين الايجاب و القبول بما يعتد به كما مر اذ يمكن القول باعتبارهما نظرا إلى اللزوم بوجه و عدمه التفاتا إلى الجواز من قبل القابل انتهى .

قلت قد ظهر مما مر ان اعتبار اللفظ في العقود ليس لدليل خارجى بل انما هو لتوقف صدق العقد عليه و كفاية المعاطاة في بعض الموارد لايدلّ على عدم اعتبار العبارة في تحقق العقد الاترى انهم بين قائل بكونها اباحة وكونها بيعا لاعقداوانهم يتمسكون لنفوذها بقوله تعالى (احل الله البيع) و (تجارة عن تراض) دون اوفوا بالعقود .

و كذلك الاكتفاء بالقبول الفعلى فان آثار عقد الوكالة مثلا لا تترتب الا على الايجاب والقبول اللفظيين ومالا يتوقف على اللفظ انما هوالاذن دون الاستنابة والاول اعم و لهذا لا يرتفع الاذن ببطلان الوكالة بالتعليق أو بجهالة العوض المشروط فيها فيصح ما وكل فيه ويسقط المسمّى ويرجع إلىاجرة المثل علىما صرح به في التذكرة .

و بالجملة فالعقود الجايزة أيضاً انما تصير عقدا بالعبارة من الجانبين وان ترتب على الفعل بعض الاثار فانما هو لعدم اختصاصها بالعقد و ثبوتها لما هو اعم منه كما عرفت في الوكالة ، وما مرمن الشهيد في الوكالة صريح في ذلك واصرح منه ما في الجواهر من عدم صلاحية الفعل لانشاء شيء من المعاملات و الايقاعات بل و العقود الجايزة

كالوكالة و الوديعة و العارية و نحوها و ان الاكتفاء بالفعل و نحوه مما يفيد الاذن لا يقتضى تحقق الوكالة مثلا او الصحيح منها به على وجه يلحقه الحكم الذى عنوانه مسمّاها انتهى .

و اما ما في المسالك في كتاب الرّهن من الاستدلال على كفاية القبول الفعلى بجوازه من قبل المرتهن فهو مع انه خلاف ما سلكه في جميع ابواب العقود كما يظهر مما نقلته عنه لا يخلو عن شيء فان الاكتفاء في مثل الوكالة بالقبول الفعلى ليس من جهة انه جايز بل انما هو من جهة انه عقد اذنى و الاذن لا يتوقف على القبول اللفظى و يظهر هذا من تعليلاتهم في تلك الابواب اعرضت عن نقلها مخافة الاطناب .

فظهر ان جواز العقد لا يقتضى جواز الاكتفاء بالفعل و عدم الاحتياج إلى اللفظ و ان الحق توقف الرهن على القبول اللفظى و ان لم ينهض دليل عليه فاصالة الافتقار إلى القبول اللفظى محكمة .

ان قلت انّ من العقود مالا يتوقف على العبارة اصلا كعقد الذمة و المهادنة و منها ما لا يتوقف على القبول اصلا كالوقف مطلقا على ما هو ظاهر الاكثر .

قلت اطلاق العقد على مثل عقد الذمة مجاز قطعا بعلاقة ارتباطه بالطرفين واما الوقف فالظاهر انه كالعتق من قبيل الايقاعات الا ان اعتبار الرضا من الموقوف عليه في الوقف الخاص صحّح اطلاق العقد عليه كالضمان فان التمليك لا يقع على الشخص قهرا و لهذا لايعتبر القبول اللفظى فضلا عن الترتيب و الاتصال على التحقيق .

و من هذا يظهر ما في استدلال الجواهر تبعا لجامع المقاصد لاشتراط القبول في الوقف العام باشتراطه في الخاص حيث ان الوقف حقيقة واحدة فان اعتبار القبول في الوقف الخاص انما هو لانه تمليك بالنسبة إلى الموقوف عليه و هو لا يقع قهرا على الشخص بخلاف الوقف العام قال في التذكرة وان كان الوقف على شخص معين أو جماعة معينين فالاقرب اشتراط القبول لانه يبعد دخول عين أومنفعة في ملكه بغير رضاه انتهى.

و مما ذكرنا يتضح انه لامنافاة بين اتفاقهم على ان الضمان من العقود مع اختلافهم في اشتراط القبول اللفظى فيه فان العقد هنا بمعنى الانشاء المرتبط بالطرفين ولو بمجرد

اعتبار الرضا في مقابل الايقاع المحض فلا دلالة لهذا الاتفاق على اعتبار القبول اللفظى كما افاده المحقق الثانى (ره) و كيف يمكن الاتفاق على كون الضمان مما يتوقف على العبارة من الجانبين مع الخلاف في توقفه على القبول اللفظى .

و من هذا القبيل اشتراط قبول الموصى له فان الوصية من مقولة الايقاع فتدبر.

إذا عرفت معنى العقد فنقول « الصلح ما » اى عقد «به» متعلق با نقطع اى باعانته والاستعانة به «التجاذب» مبتدء خبره « انقطع » و الجملة صلة للموصول .

و المراد ترتب هذا الاثر عليه ابتداء بحيث يكون هو المقصود بالانشاء بل يكون هو المنشأ فان الصلح على بعض المدعى به في الحقيقة صلح عن ترك الدعوى بالنسبة إلى البعض باخذ بعض المدعى به فالمنشأ ترك التجاذب، و اخذ كلٌ منهما بعض المدعى به كيفية ترك التجاذب ، فانه قد يكون بتسليم المتشبث المدعى به إلى المدعى وقد يكون بتفويض المدّعى ما يدّعيه إلى المتشبث و عدم تعرضه له اصلا وقد يكون بتسليم المتشبث بعضه إلى المدعى و تسليم المدعى له بالنسبة إلى البعض .

فاذا وقع الصلح على هذا النحو انقطع التجاذب بالالتزام من الطرفين على ترك التجاذب لا بمعاوضة مستتبعة لانقطاع التجاذب كما هو الحال في الصلح عن المدعى به بامر خارج فانه معاوضة مخرجة للمدعى به عن ملك المدعى لوكان فانقطاع التجاذب انما هو لتحقق عدم كون المال للمدعى لا لنفس الصلح فهو حينئذ كالبيع و الهبة و غيرهما الرافعة لموضوع التجاذب المستتبعة لانقطاعه ، و المراد كون العقد بحيث يصلح لانشاء قطع التجاذب و الرجوع إلى الموافقة بعد المخاصمة لا ترتبه عليه بالفعل فان الصلح قد لا يكون مسبوقا بالخصومة و مع سبقها فقد لا يكون المنشاء تركها بل المبادلة فيفيد فائدة البيع أوغيره على ما سيجيىء انشاء الله تعالى .

فالصلح ما صلح لهذا الاثر و ان لم يترتب عليه ولا شيء من العقود يصلح لانشاء قطع الخصومة سواه و انما عدلت عما هو المعروف من تعريفه بانه عقد شرّع لقطع التجاذب لما به من الاختلال لانه ان كان المراد كونه مجعولا من قبل الشارع لقطع التنازع فواضح الفساد لانه لا جعل للشارع في المعاملات و ان كان المراد الوضع مطلقا

فكونه لهذه الثمرة خاصة ممنوع بل استقر المذهب على صحته في غير مقام التنازع .

ان قلت قيام الدليل على جريانه في غير المخاصمة لا ينافي كونه له بحسب اصل وضعه ، قلت نعم و لكن هذه الدعوى رجم بالغيب لانتفاء ما يدل عليها و الامكان لا يستلزم الوقوع .

ان قلت ان بعض الادلة انما تدل على مشروعيته مع سبق التنازع كقوله تعالى « و ان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما» ولولا ما دل على العموم لم يكن للتعدى إلى غير ما سبقه التنازع مجال بدلالة المفهوم و حيث تحقق عدم ارادة المفهوم من الشرط تعين الالتزام بكونه في الاصل لقطعها و الا لغى الشرط و إلى هذا اشار في المسالك حيث قال في جملة كلام له ما ملخصه ان الموجب لاثبات الصلح امران احدهما يدل على انه موضوع لقطع التنازع و الاخر على جوازه مطلقاً فمرجع الامر إلى ان الاصل فيه ذلك لكنه تعدى إلى غيره بدليل .

قلت ان الصلح في الاية الشريفة بمعناه اللغوى لا الصلح العقدى كآية النشوز و من المعلوم اعتبار سبق الخصومة فيه مع ان تعين ما ذكر بعد ما تعذر المفهوم لا دليل عليه فلعله لجهة اخرى وقد يتوهم ان صحة الصلح الابتدائى المجمع عليها المدلول عليها بالاخبار تنافي كونه مشروعا لقطع التنازع .

قال في المسالك فان قيل مقتضى قول المصنف كغيره انه شرع لقطع التجاذب اشتراطه بسبق خصومة كما يقوله بعض العامة لان القطع للتجاذب مسبوق به قلنا لا يلزم من كون اصل شرعيته لذلك ثبوته في كل فرد من افراده كما اشرنا اليه سابقاً من ان القواعد الحكمية لا يجب اطرادها في كل فرد كالقصر في السفر فان الاصل فيه وجود المشقة بدونه فيثبت مع عدمها في كثير من افراده خصوصا مع وجود النصوص المتناولة باطلاقها او عمومها لما لا نزاع فيه انتهى .

و فيه ما عرفت من ان كون قطع التنازع حكمة أيضاً ممنوع و ما اعتقد انحصاره من الأدلة فيما سبقه الخصومة اجنبى عن المقام كما عرفت ولو سلم فقصور بعض الادلة عن افادة العموم لا يقتضى انحصار الحكم في الاصل في مدلوله بالضرورة مع ان غالب

الاحكام العامة لها ادلة خاصة ايضاً ولم يتوهم احد في شيء منها انحصاره في الخاص بحسب الاصل من هذه الجهة هذا ، ثم اطال الكلام بما يظهر ما فيه مما عرفت و تبعه صاحب الرياض ره الا انه جعل الخصومة التى شرع الصلح لقطعها اعم من السابقة و المتوقعة فالصلح فيما يتوقع فيه الخصومة عنده ايضا على اصله مع انه عند الشهيد (ره) ليس على الاصل الّا ما كان مسبوقا بالخصومة .

قال في الرياض بعد ما استدل بالاخبار العامة و الخاصة و الاجماع المحكي المستفيض على عدم اشتراطه بسبق خصومة نعم ربما تشعر لفظة الصلح بتحقق منازعة و لكن لا يتعين كونها سابقة بل يصح اطلاقه بالاضافة إلى رفع منازعة متوقعة محتملة و ان لم تكن سابقة كما تفصح عنه الاية الاولى فاشتراط السبق في مفهومه باعتبار اللفظ غفلة واضحة .

نعم لا تساعد الاخبار المتقدمة على الدلالة على مشروعيته حيث لا منازعة سابقة ولامتوقعة ولكن يمكن الذب عنه بعدم القائل بالفرق بين الامة فكل من قال بالمشروعية لدفع منازعة متوقعة ان لم تكن سابقة كما دلت عليها اطلاق الاخبار المذكورة قال بها في الصورة المزبورة التى لم تكن المنازعة فيها سابقة ولا متوقعة .

هذا مضافا إلى عموم ادلة لزوم الوفاء بالعقود الشاملة لمفروض المسئلة فلو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم صح و افاد نقل كلّ من العوضين كما في البيع ولا يلزم من كون اصل المشروعية لقطعها ثبوتها في كل فرد من افراده خصوصاً مع وجود الادلة الشاملة بعمومها او اطلاقها لما لا خصومة فيه كما في نظائره كالعدة فقد شرعت لاستبراء الرحم مع الاتفاق فتوى و نصّا على وجوبها في مواضع يقطع ببرائته منها انتهى .

و فيه مع ما عرفت انّ الصلح على ما صرّحوا به حقيقة في الرجوع إلى الموافقة بعد الخصومة و دفع الخصومة المتوقعة ليس رجوعا إلى الموافقة بل انما هو اتقان لها وصحة استعمال اللفظ فيه مجازا بهذه العلاقة لا تنفع في عموم الحكم .

و بالجملة مع وجود ما يدل من الادلة العامة او الخاصة على عدم الانحصار لا حاجة إلى تمحل يصحح اطلاق اللفظة ما يتوقع فيه التنازع و مع الانتفاء فلا ينفع في

ابطال قول الشافعي فان صحة الاستعمال لا تصحح الاستدلال مع وضعه لما سبقه التنازع و الجدال .

و ظهر مما مر ان قطع الخصومة ليس نفس المنشأ فان ترك الدعوى والرجوع إلى الموافقة علة لقطع الخصومة فهو لازم له غير متخلف عنه لا عينه كما ان الاستيثاق ليس نفس الرهن و ان كان هو المقصود منه المترتب عليه لا محالة .

و ليس هذا كقولنا النكاح عقد شرّع للتناسل مثلا فانه غاية التشريع و ان لم يتعلق به غرض المتعاقدين ولم يترتب عليه ولا كقولنا الضمان عقد شرع للتعهد فان التعهد نفس الضمان لا غايته المترتبة عليه المقصودة للمتعاقدين ولا الحكمة الملحوظة في التشريع كما في النكاح فتبين ان كون الصلح مشروعا لقطع التنازع لا يستلزم ارادته من الصيغة لما عرفت من ان هذا الكلام ليس على مساق قولهم ان الضمان عقد شرع للتعهد فان التعهد لكونه نفس الضمان يجب ارادته من الصيغة بل انما هو انشاء التوافق و التراضي المترتب عليه ذلك .

و في الجواهر بعد ما تبع الشهيد ره في التفصي عن الاشكال بان قطع الخصومة حكمة لا يجب اطرادها نقل ما في الرياض من تعميم الخصومة السابقة و المتوقعة ثم اورد عليه بان المراد بلفظ الصلح الواقع في ايجاب العقد انشاء الرضا بما توافقا واصلحا و تسالما عليه فيما بينهما لا ان المراد به خصوص الصلح المتعقب للخصومة كما هو واضح انتهى .

و فيه ما عرفت من ان التشريع لقطع الخصومة لا ينافي عدم ارادته من الصيغة مع انه لو كان كذلك فهو ابطال للتعريف و ايراد على جمهور الفقهاء من الخاصة و العامة حيث عرفوه به مع انه لم يتعرض للحد ولا لما دفعوا به عنه الاعتراض بل بتعميم عليه و تعميم الخصومة لا يقتضي ارادة خصوص الصلح المتعقب للخصومة بل يناقضه فانه لا معنى لارادة الصلح المتعقب للخصومة في مقام توقع الخصومة فعدم ارادة خصوص المتعقب لقطع الخصومة من لفظ الصلح الواقع في ايجاب العقد مؤيد للتعميم لا مناقض له فاي معنى لابطال قوله به .

ان قلت ان مراده ابطال ما زعمه صاحب الرياض من ذهاب الشهيد و غيره إلى اختصاص الصلح بما يتعقب الخصومة بانهم لم يذهبوا الى ان المراد بالصلح الواقع في الايجاب خصوص المتعقب للخصومة فتعميمه لها بالنسبة إلى المتوقعة الظاهر في اختصاصه به و ذهاب غيره إلى الاختصاص بالمسبوق لا وجه له .

قلت قد عرفت ان تعميم الحكمة للتشريع انما يشعر بتخصيص غيره اياها بالمسبوق لا ارادته من الانشاء مع انه انما اراد ابطال ما توهمه الشافعي من اختصاصه بالمسبوق بالخصومة نظرا إلى اللفظ كما هو نص كلامه ولا اشعار في كلامه بان الشافعي يقول بارادة خصوص المسبوق من اللفظ في الانشاء حتى يرد عليه انه لا يقول بذلك و اما عدم تعرضه لغير الشافعي في ذلك فواضح .

ولا يخفى ان هذا الاشكال لا يتوجه على ما اخترته من الرسم لان قطع الدعوى خاصة للصلح مميّز له عما عداه و يكفي في كونه خاصة مميزة عدم تحققه في غيره ولا يجب تساويه للماهية في الصدق و لزومه له في الخارج مع ان الخاصة على ما قررته انما هي صلاحية العقد لقطع التجاذب و هي خاصة شاملة لا تنفك عن المهية و هذا ايضا وجه اخر للعدول عن الرسم المعروف فان اللام ظاهرة في العلة المقتضية لدوران المعلول مدار مدخولها و لهذا تكلفوا لدفعه بانه ليس علة للحكم بل حكمة له .

و لنا ان نقرر الحدّ على وجه آخر لا يتوجه عليه الاشكال حتى إذا لم نعتبر كون المنشا بالصلح ترك الدعوى بان نقول ان هذا العقد يقطع به التنازع مطلقاً لعدم اشتراطه بشيء مما اشترط به غيره دون سائر العقود .

مثلا إذا كان لكلّ من الرجلين عند صاحبه مال ولم يعلما بمقداره فبالصلح ينقطع التنازع لعدم اشتراطه بالعلم دون غيره من العقود و كذا صلح المدعى مع المتشبث على بعض المدعى به فانه و ان كان مفيدا فائدة الهبة على تقدير الا ان التنازع لا يرتفع بهبة المدعى النصف للمنكر حيث اراد استنقاذ المال لانه لا يجب على المتهب تعويض النصف الاخر بل لا تصح المعاوضة في مثل الفرض للعلم بعدم استحقاق احدهما شيئا من المال .

وكذا إذا احتمل الشخص اشتغال ذمته بدين لزيد و اراد تحصيل اليقين بالبرائة فيصالحه عما يحتمله بشيء على ان يكون العوض له مطلقاً فيبرء على تقدير الاشتغال و يملك زيد المصالح عليه و ان لم يكن غريما في الواقع و غير الصلح لا يفى بذلك .

وإذا أراد الشريكان ان يكون لاحدهما رأس ماله وللاخر الربح وعليه الخسران تعين الصلح و كذا ما سيفصل من الفروع انشاء الله تعالى كالصلح على الرواشن والاجنحة و اجراء الماء و ابقاء الحايط فان شيئاً من العقود لا يفى باثبات الحقوق الرافع للتنازع كالصلح و من هذا القبيل الصلح على البيع و الهبة و الاجارة و الاعارة و غيرها و كذا الصلح على ترك الاسباب المسقط لها عن التأثير على ما سيجيء انشاء الله تعالى .

وبالجملة ففى جميع هذه الفروع وغيرها يتوسّل بالصلح لقطع التنازع دون غيره ولو شاركه غيره ففى بعض الجهات على ما سيتضح انشاء الله تعالى و يشهد على ذلك ان مسائل الصلح غالبا موضوعها التنازع دون غيره و ليس الا لاختصاصه بهذا الاثر من بين العقود وإلى هذا أشار في التنقيح حيث قال ره عند شرح قوله ره مشروع لقطع المنازعة يشير إلى غاية هذا العقد اللازمة له غالبا سواء تقدمته خصومة ام لم تتقدم بل يقدر انه لولاه لحصلت كالصلح على العين المجهولة للمتصالحين فان النزاع يحصل فيها غالباً لولا عقد الصلح لحصول الخطر هنا انتهى ولكنه لكونه بصدد دفع الاشكال عن التعريف المعروف احتاج إلى اعتبار ما اعتبروه أيضا من ان قطع التنازع حكمة لا علة .

و هنا مسلك آخر متين يندفع به الاشكال حتى عن الرسم المعروف بلا تكلف و هو ان الصلح لعموم فائدته و عدم اشتراطه بشيء مما اشترط به غيره و عدم تطرق ما يتطرق في غيره فيه يحسم مادة التنازع سواء كان واقعا او متوقعا او لم يكن شيئا منهما فهو مشروع لتحصيل الاثار على وجه لا تتطرق فيه الخصومة والجدال و يقطعه إذا كان متحققا في الحال و المراد بالقطع ما هو اعم من الدفع و الرفع .

بيان ذلك ان الصلح على ما سيتضح انشاء الله تعالى يفيد فائدة الامور الخمسة بل اكثر العقود كالشركة والمضاربة و المزارعة و المساقاة في الجملة على ما سيتضح انشاء الله تعالى و مع ذلك لا يشترط بشيء مما اشترطت ولا يتطرق اليه ما يتطرق إلى غيره

كالخيارات فحيث يراد تحصيل اثر البيع مثلا على نحو لا يتطرق إليه ما يورث الجدال يتوسّل بالصلح فكان المشاجرة التى تقتضيها المعاملة اندفعت بالصلح فان حصول الارتباط بالمعاملات مادة المشاجرات و المخاصمات فان لكل من المتبايعين يتوجه على الاخر من وجوه التنازع ما لم يكن قبل ذلك .

وقد يدفع عنهم الاشكال بوجه آخر و هو ان الغرض من هذه التعاريف التميز في الجملة كالتعاريف اللفظية فلا يقدح عدم الاطراد و الانعكاس كتعريفهم الاجارة بتمليك المنفعة مع عدم صدقه على اجارة الاشخاص .

و فيه ان هذا انما يدفعه عما اخترته من ان الصلح ما يقطع به الخصومة فيعتذر عن عدم انعكاسه بان الغرض تميز المهية في الجملة لاعنه على الوجه المعروف فان الاشكال فيه ليس من جهة الاطراد و الانعكاس بل من جهة اعتبار القطع علة للتشريع مع عدم التزامهم بدورانه مداره .

توضيحه انه ليس لاحد ان يقول ان من الصلح ما هو مشروع لقطع الخصومة و منه ما ليس كذلك و قولكم ان الصلح ما شرع لقطع الخصومة غير منعكس لعدم شموله بعض افراد المحدود فان المشروع انما هي الحقيقة المتحدة لا الافراد المختلفة نعم يتوجه عليه ان هذه المهية لم تشرع لهذا الغرض و الا لم تصلح الا لتحصيله .

و حينئذ فالجواب ما مر لا انه كاللفظى لا يجب اطراده و انما عرفناه بالرسم تاسّيا بالاصحاب والاحسن التحديد الرافع للحجاب المغنى عن ذلك الاطناب فنقول ان الصلح هو المركب من التزامين مستقلين يصلح لان يتحصل به كلما اريد من الاثار من انتقال العين و المنفعة و اسقاط الحقوق و جعلها و غيرها مما ستطلع عليه انشاء الله تعالى .

و خرج بقولنا مستقلين جميع العقود سوى الشركة و الاقالة في وجه فانها مؤلفة من الايجاب و هو الانشاء الاستقلالى و القبول الذى هو الانشاء المطاوعى فان البيع(١)

(١) قوله فان البيع مثلا عبارة الخ توضيح المرام ان من العقود ما يتقوم بالايجابين المرتبط احدهما بالاخر مع عدم كون واحد منهما متميزا عن الاخر بكونه مطاوعة له كما ←

مثلا عبارة عن انشاء المبادلة من طرف البايع و القبول من المشترى و بهذا يتميز البايع من المشترى و الثمن من المثمن كما حققناه في خيار الحيوان .

و هذا التحقيق لم يتنبه له الفحول فذهب بعضهم إلى ان الفرق بين البيع و الصلح المفيد فائدته بالقصد وفيه ان اختلاف القصد فرع اختلاف المقصود فلو كان اختلاف المقصود باختلاف القصد لدار .

و بعضهم إلى ان الفرق بالصيغة فما كان بصيغة البيع فهو بيع و ما كان بصيغة الصلح فهو صلح و هو ايضا كما ترى فان اختلاف الالفاظ لا يقتضى اختلاف المعانى بالضرورة .

و بقولنا يصلح الخ خرج عقد الشركة و الاقالة على القول بانها عقد فك مما لا يصلح لان يتحصل به الا الاثر المخصوص فتأمّل (١) .

← فى المقام فكل منهما موجب من جهة قابل من اخرى كما هو مقتضى المفاعلة .

و هذا نادر و الغالب على العقود ان يكون مؤلفا عن الانشاء الاستقلالى من طرف و القبول المحض فى المطاوعة من الطرف الاخر كالنكاح فانه مؤلف من انشاء علقة الزوجية من طرف الزوجة و المطاوعة المحضة من طرف الزوج فالمخرج للمهر من ملك الزوج انما هو قبول الزوجية على المهر لا انشاء تمليك المهر للزوجة فانه لم ينشاء الزوج تمليك المهر للزوجة بالفرض و كذا الحال فى سائر العقود منه ره .

(١) وجه التامل ان الصلح لا يعتبر فيه لفظ خاص على ما سيجيىء و اختصاص عقد الشركة بافادة الاثر الخاص لا ينافى كونه نوعا من الصلح فللصلح صيغ مختلفة بعضها يصلح لان يستعمل فى جميع الموارد وبعضها لا يصلح الالبعض الموارد و حينئذ فافراد الفقهاء اياه بالبحث من جهة اختصاصه باحكام ينبغى ان تفرد بالبحث عنها .

و يؤيده ان بعضهم كالشهيد ره فى اللمعة و المحقق فى الشرائع عقب كتاب الصلح بكتاب الشركة .

هذا على القول بالشركة العقدية كما يتوهم و اما على الحق من عدم ثبوته فلا حاجة الى الاحتراز عنه . منه قدس سره الشريف .

و اما ما في الجواهر من ان المراد بلفظ الصلح الواقع في ايجاب العقد انشاء الرضا بما توافقا و اصطلحا وتسالما عليه فيما بينهما ففيه ان" الرضا و الكراهة من الكيفيات النفسانية التى لا تتعلق بها القدرة كالعلم والحيوة و الحب" و البغض بخلاف مثل الطلب و التمليك مما هومقدور .

و قال شيخنا المرتضى قدس سره ان" حقيقة الصلح ولو تعلق بالعين ليس هوالتمليك على وجه المقابلة و المعاوضة بل معناه الاصلى هو التسالم و لذا لا يتعدى بنفسه إلى المال نعم هو متضمن للتمليك إذا تعلق بعين لا انه نفسه ، و الذى يدلك على هذا ان" الصلح قد يتعلق بالمال عيناً كان او منفعة فيفيد التمليك وقد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية و هو بمجرد التسليط وقد يتعلق بالحقوق فيفيد الاسقاط او الانتقال وقد يتعلق بتقرير امر بين المتصالحين كما في قول احد الشريكين لصاحبه صالحتك على ان يكون الربح لك و الخسران عليك فيفيد مجر"د التقرير فلو كان حقيقة الصلح هى عين كل" من تلك المفادات الخمسة لزم كونه مشتركا لفظيا و هو واضح البطلان فلم يبق الا ان يكون مفهومه امر آخر و هو التسالم فيفيد في كل" موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه فالصلح على العين بعوض تسالم عليه و هو يتضمن التمليك لا ان" مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام و حقيقته هو انشاء التمليك و من هنا لم يكن طلبه من الخصم اقرارا بخلاف طلب التمليك انتهى كلامه رفع الله مقامه في اعلى الدرجات .

و فيه او"لا ان" التسالم و ان كان مفهوما عاما يصلح لتعلقه بكثير من الاشياء الّا انه إذا تعلق بكون عين لآخر بعوض فهو عين نقلها اليه بالعوض فلو ادعينا ان التمليك حينئذ يتضمن التسالم كما هو شان الخاص بالنسبة إلى العام لكان اليه سبيل و اما العكس الذى ادعاه ره فليس عليه دليل و بالجملة فلا يتعقل للصلح على كون عين لشخص بعوض مثلا معنى مركب من التمليك و غيره حتّى يكون التمليك مما يتضمنه بل ولا معنى غير انشاء نقله إليه حتّى يستتبعه التمليك .

و اما ما استشهد به ففيه ان العموم لاينافي الاتحاد بل يستلزمه فان العموم بحسب الذات أوالمفهوم، والاتحاد بحسب الوجود نعم الاتحاد بحسب المفهوم مع الامور المذكورة

يستلزم الاشتراك اللفظى ولكن غرضه الفرق بينه و بين البيع و مجرد عدم اتحاده مفهوما معه لا يكفى في ذلك فان اتحاده معه في الوجود أيضا يقدح في طرد تعريفه بل يوجب كونه من مصاديقه ولا يلتزم به احد من الاصحاب .

و كذلك ما استدل به على ان الصلح ليس هو التمليك بانه لا يتعدى بنفسه إلى المال فانه انما يدلّ على المغايرة مفهوما التى لا ينافي الاتحاد بحسب الوجود كما انّ التمليك مغاير للبيع مفهوماً و لكنه نفسه إذا تعلق بالعين بعوض فالاختلاف بالتعدية و اللزوم إنما هو باختلاف المفهوم و هو انما يدلّ على ان الصلح لم يستعمل في معنى البيع لا انه لا يصدق عليه تعريفه الا ترى ان الصلح إذا كان بلفظ ملكت تعدى بنفسه مع انه صلح فتدبر .

و التحقيق ان التسالم ليس هو المنشأ في الصلح و ان صدق عليه فان تقبل احد الشريكين الثمرة بحصة منها صلح ويصدق عليه التسالم مع ان المنشأ ليس هوالتسالم و لانه يقع بقول احدهما للاخر لك ما عندك ولي ما عندى كما في رواية منصور بن حازم مع انه ليس هنا انشاء تسالم و ان صدق عليه و لان ملكت يقع به البيع و الصلح ولا يمكن الفرق بانه في مقام الصلح يقصد به انشاء التسالم دون البيع و لان المعاطاة عنده بيع ولا يمكن ان يقال ان الفرق بين المعاطاة إذا كانت بيعا و بينه إذا كان صلحا انشاء التسالم بالاوّل دون الثانى .

فالتحقيق ان الفرق بين الصلح و البيع انما هو بان كلا من العوضين ملحوظ في الصلح مستقلا فقيام العقد بواحد من الطرفين كقيامه بالآخر و لهذا يصح بالايجاب من الطرفين و الايجاب من احدهما و القبول من الاخر من غير تعيين للموجب و القابل .

و من هذا يظهر فساد ما يتوسل به الناس في هذا الزمان اقتداء بالمتفقهة من اجراء صيغة الصلح في مقام البيع تفصيا من اعتبار الشرائط كالعلم بالعوضين وغيره مع ان حالة المعاوضة لا تختلف فهو في الحقيقة بيع بلفظ الصلح فان الخبز مثلا عند المتصالحين ليس كالنقد في الملاحظة بحسب المتعارف بل المقصود استقلالا هو الخبز و النقد ملحوظ تبعا .

وكذا الحال في الاجارة فان الصلح على المنفعة بعوض و ان شارك الاجارة في كونه تمليكا للمنفعة بعوض الا ان المنفعة فيها ملحوظة استقلالا كالعين في البيع و العوض تابع كما في البيع و لهذا فلو كان العوض في الاجارة منفعة ايضاً لم يتميز الموجر من المستاجر الا بالاستقلال والتبعية كما ان البايع و المشترى انما يتميزان بذلك مع تماثل العوضين كما في بيع الحيوان بالحيوان .

وفي الروضة عند تعريف المصنف ره الاجارة بانها عقد على تمليك المنفعة المعلومة بعوض معلوم : ولكن ينتقض في طرده بالصلح على المنفعة بعوض معلوم فانه ليس اجارة بناء على جعله اصلا انتهى و ظهر اندفاعه مما مر فان التمليك بعوض ظاهر في تبعية العوض و استقلال المنفعة و لهذا لا يصح ان يقال ان الاجارة تمليك شيء بمنفعة ولا يصح القبول من الموجر ولا الايجاب من المستاجر بخلاف الصلح عن المنفعة بعوض فكما يصح ان يقال انه صالح عن المنفعة بعوض فكذا يصح ان يقال صالح عن شيء بمنفعة و يصح الايجاب من الطرفين والايجاب من كل منهما و القبول من الاخر هذا.

و استدلوا على مشروعيته بالكتاب و السنة و الاجماع من المسلمين فمن الكتاب قوله تعالى « و ان امرءة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً و الصلح خير» و قوله تعالى «و ان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما» وقوله تعالى «فاتقوا الله و اصلحوا ذات بينكم» وقوله تعالى «ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما» وقوله تعالى «انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم» وقوله تعالى « فان فائت فاصلحوا بينهما بالعدل » و قوله تعالى«أو اصلاح بين الناس» .

و التحقيق ان شيئا منها لا يدل على مشروعية الصلح العقدي بل انما تدل على رجحان الاصلاح بالمعنى اللغوى و هو رفع التجاذب و المخاصمة كما هو ظاهر و من السنة المروية من طريق العامة عن ابى هريرة ومرسلا في الفقيه ان النبى صلى الله عليه وآله قال الصلح جايز بين المسلمين الاصلحا احل حراما أو حرم حلالا .

و عن عبدالله بن كعب بن مالك ان كعب بن مالك اخبره انه تقاضى ابن ابى - حدرد دينا كان له على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها

رسول الله صلى الله عليه وآله و هو في بيته فخرج رسول الله صلى الله عليه وآله اليهما حتّى كشف سجف حجرته و نادى يا كعب قال لبيك يا رسول الله صلى الله عليه وآله فاشار بيده ان ضع شطرا من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله صلى الله عليه وآله قال قم فاقبضه،استدل به في التذكرة و غيرها اقول انها لادلالة لها على المطلوب بوجه من الوجوه نعم يمكن تنزيله على صلح الحطيطة و لكن الظاهر منها الابراء لا الصلح ولوسلم التساوى فمجرد الاحتمال لا يفى بالاستدلال .

و منها ما رواه حفص بن البختري في الحسن عن الصادق عليه السلام قال الصلح جايز بين المسلمين و في آخر عنه عليه السلام ايضا في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا باس .

و في ثالث عنه عليه السلام أيضاً سألناه عن الرجل يكون عنده مال لأيتام فلايعطيهم حتّى يهلكوا فياتيه وارثهم و وكيلهم فيصالحه على ان يأخذه بعضا ويبرئه ماكان عليه ايبرء منه قال عليه السلام نعم .

اقول لا دلالة فيما بعد رواية حفص أيضا على انّ المراد بالصلح هو العقدى بل انما يدل على نفوذ الابراء في هذا المقام و اماكونه بالصلح العقدى فلا بل يمكن المناقشة في رواية حفص أيضا نعم لااشكال في دلالة النبوى صلى الله عليه وآله بقرينة الاستثناء على ماسيجيء انشاء الله تعالى.

و الذى يسهل الخطب انّ مشروعية هذا العقد في الجملة مما لا ريب فيه وانما النزاع من جهات اُخر منها انه هل هو اصل براسه كسائر العقود فلا تجرى عليه احكام ما يفيد فائدته أو هو فرع على ما يفيد فائدته اجمع اصحابنا على الاول و الى هذا ينظر قولنا « و هو » اى الصلح « كغيره » من العقود « اصيل لا تبع » لغيره .

نعم نسب الخلاف إلى الشيخ ره في احد قوليه قال في السرائر و هو اصل قائم بنفسه في الشرع لا فرع على غيره على ما يذهب إليه المخالف إلى ان قال و المخالف لمذهب اهل البيت عليهم السلام يجعله فرع البيع ويراعى فيه شرائط البيع و لاجل ذلك ذكر شيخنا ابو جعفر ره في مسائل الخلاف في الجزء الثاني في كتاب الصلح مسئلة إذا اتلف رجل على غيره ثوبا يساوى دينارا فاقرله به و صالحه على دينارين لم يصح ذلك و به

قال الشافعي وقال ابوحنيفة يجوز ذلك قال شيخنا دليلنا انه إذا أتلف عليه الثوب وجب في ذمته قيمته بدلالة ان له مطالبة بقيمته فالقيمة هنا دينار واحد فلو اجزنا ان يصالحه على اكثر من دينار كان بيعا للدينار باكثر منه و ذلك ربا لا يجوز .

قال محمد بن ادريس مصنف هذا الكتاب هذه المسئلة بناها شيخنا على مذهب الشافعي لأن الشافعي يقول ان الصلح فرع البيع فذهب إلى قول الشافعي في هذه المسئلة والصحيح خلاف ذلك وانه يجوز الصلح على الثوب المذكور بالدينارين بغير خلاف بين اصحابنا الامامية وشيخنا ابوجعفر في مبسوطه قال لما ذكر مقالة الشافعي: و يقوى في نفسي ان يكون هذا الصلح اصلا قائما بنفسه ولا يكون فرع البيع ولا يحتاج إلى شرائط البيع واعتبار خيار المجلس على ما بيّنا فيما مضى انتهى .

فانظر كيف نسب القول بتبعيته للبيع إلى مخالف مذهب اهل البيت عليهم السلام و نسب إلى الشيخ ره مخالفة الاجماع فيعلم من ذلك عدم وجود المخالف من الاصحاب في المسئلة و يؤيده انّ العلامة ره في التذكرة قال الصلح عند علمائنا اجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعا على غيره بل هو اصل في نفسه و منفرد بحكمه ولا يتبع غيره في الاحكام انتهى و هو كما ترى لم ينقل خلاف الشيخ ره و ليس الا من جهة عدم كونه عنده مخالفا امّا لعدوله عن هذه الفتوى إلى خلافه الذى نقل عنه و اما لانه اورده في كتابه ايرادا لا اعتقادا واما عدم الاعتداد بمخالفة مثل الشيخ ره نظرا إلى ثبوت الاجماع على خلافه ففى غاية البعد .

هذا هو التحقيق الذى عليه اهل الحق و اما المخالفون فلم ينقل منهم الخلاف ايضاً الا عن الشافعي منهم فذهب إلى انه ليس باصل منفرد بحكمه و انما هو فرع على غيره و قسّمه على خمسة اضرب :

ضرب هو فرع البيع و هو ان يكون في يده عين اوفي ذمته دين فيدعيها انسان فيقر له بها ثم يصالحه على ما يتفقان عليه و هو جائز فرع على البيع بل هو بيع عنده يتعلق به احكامه .

و ضرب هو الابراء و الحطيطة و هو ان يكون له في ذمته دين فيقر له به ثم

يصالحه على ان يسقط بعضه و يدفع اليه بعضه و هو جائز فرع الابراء .

و ضرب هو فرع الاجارة و هو ان يكون له عنده دين اوعين فيصالحه من ذلك على خدمة عبد أوسكنى دار مدة فيجوز ذلك و يكون فرع الاجارة .

و ضرب هو فرع الهبة و هو ان يدعى عليه دارين او عبدين أو شبههما في يده فيقر له بهما و يصالحه عن ذلك على احدهما فيكون هبة للاخرى .

و ضرب هو فرع العارية و هوان يكون له دار فيقر له بها فيصالحه على سكناها شهرا و هو جائز و يكون ذلك عارية .

و قال بعض الشافعية الصلح فرع للبيع و الابراء و الهبة خاصة ثم فسر الابراء و الهبة بما ليس بصلح فقال إذا كان له في ذمته الف درهم فقال قد ابراتك من خمسمائة و يدفع اليه خمسمائة فان كان بلفظ الصلح لم يصح وكذا إذا قال ابرءتك من خمسمائة على ان تعطينى خمسمائة فانه لا يجوز و قال بعضهم يجوز بلفظ الصلح .

ثم قال القائل الاول : لو ادعى عليه عينين فاقر له بهما فوهب له أحداهما واخذ الاخرى جاز ولا يجوز بلفظ الصلح او بالشرط لان لفظ الصلح يقتضى المعاوضة فاما إذا صالحه على بعض الدين كان كانه قد باع الفا بخمسمائة و هو حرام .

و امّا في الهبة فاذا كان بلفظ الصلح فكانه قد باع ماله بماله ، فلهذا لم يجز و المشهور عندهم الجواز لان لفظ الصلح إذا ذكر فيما كان معاوضة اقتضى ذلك ان يكون معاوضة فامّا ان يكون لفظه يقتضيه فليس بصحيح لان الصلح انما معناه الاتفاق و الرضا و الاتفاق قد يحصل على المعاوضة و على غيرها كما ان لفظ التمليك إذا كان في طريقة المعاوضة مثل ان يقول ملكتك هذا بهذا فانه يكون بيعا فاذا قال ملكتك هذا كان هبة حيث تجرد عن العوض كذا هنا ايضاً .

و على القول الثاني يخرج قائله من ان يكون صلحا ولا يبقى له ثَم تعلق لانه إذا ادعى عليه شيئا فاقر به و ابرءه من بعضه و اخذ بعضه بغير لفظ الصلح فذلك براءة و قبض دينه ولو ابرءه من جميعه لم يسم صلحا ولو قبض جميعه فكذلك ما ذكره فاما إذا كان بلفظ الصلح سمى بذلك لوجود لفظه و ان لم يوجد معناه كما تسمّى الهبة

المشروطة بالثواب هبة لوجود لفظها و ان لم يوجد في ذلك معناها وهذا بخلاف ماتقدم لانه معاوضة إجماعا [1] .

هذا ولا يخفى انه لاوجه لتخصيص الامور الخمسة بالذكر فان الصلح يفيدفائدة الوكالة و المضاربة و المزارعة و المساقاة ايضا و ان افترقت معها في كثير من الاحكام كما في العارية بل في جميع الامور المزبورة على ما سيتضح انشاء الله تعالى .

و كيفما كان فكلام الشافعي يحتمل وجوها منها ان ادلة الصلح انما تدل على جواز قطع الخصومة او رجحانها بسبب من الاسباب المقررة المعهودة لا انها تدل على ان للصلح عقدا مستقلا كسائر العقود و فيه اولا انه يكفى العمومات المصححة لكل عقد في الحكم بصحته و ثانيا انه اجمع اهل العلم على خلافه .

و ثالثا ان النبوى المعروف بين الفريقين الذى لم يناقش في دلالته احد صريح في ان الصلح عقد مستقل فان المراد بالجواز النفوذ لا الرخصة بقرينة الاستثناء فان رفع التنازع لا يصلح للتحليل و التحريم فاما اريدبه تنفيذ ما يوجب الصلح من الانشاءات المعهودة الا في الصورتين و إمّا تشريع عقد للصلح صالح لتحصيل جميع الاثار المطلوبة الا الامرين، و الاول لا يصح لان العقود و الايقاعات لا تفيد الامرين سواء كانت اسبابا للصلح ام لا فاثبات هذا الحكم لها من حيث كونها اسبابا للصلح لغو بل موهم لخلاف المقصود فتعين الثاني .

و استدل في التذكرة على اصالته بعدم الدليل على تبعيّته للغير وان الاصل في العقود الاصالة و هذا انما يتم إذا كان المراد التبعية في الاحكام لا الاتحاد مع انه صرح بانه إذا افاد نقل العين بعوض فهو بيع عند الشافعي يتعلق به احكامه .

بيان ذلك ان كون الصلح عقدا مستقلا مغايرا لسائر العقود مخالف للاصل ولا معنى لاصالة حدوث الحادث نعم بعد ما ثبت كونه عقدا مغايرا لسائر العقود يمكن التمسك باصالة عدم تبعيته لغيره في الاحكام في قبال من يدعيها و لكن الشافعي على ما

---

(١) فأماماذا قال : ابرءتك عن خمسمائة على أن تعطينى خمسمائة ، فان الشافعية منعوا منه لان هذا الاشتراط يجعله بحكم العوض عن المتنازع و ذلك لا يجوز ، خ .

حكاه عنه يقول بالاتحاد ذاتا لاتبعيته في الاحكام بل الانسب على هذا التقرير أيضاً ابطال دليله لا التمسك بالاصل من غير تعرض لدليله فان اقتضاء الاصل عدم تبعيته في الاحكام لا ينافي قيام دليل عليها فالشان حينئذ في ابطال الدليل الذي يستدل به الخصم لا في التمسك بالاصل الذي يلتزم به ولا ينافي مقصوده .

ان قلت ان دليله القياس و تقريره ان الصلح إذا افاد فائدة انشاء شابهه فنجرى عليه احكامه للشركة في الثمرة وهو عنده ضروري البطلان فالتمسك بالاصل لعدم الاعتداد بدليله فكانه لا دليل له اصلا .

قلت ان اراد الزام الشافعي بفساد مذهبه فلابد أن يلزمه بما يلتزم به و يجامع طريقته و الا فيكفى في ابطال جميع اقوالهم مخالفتها لاهل البيت عليهم السلام و ان أراد الاستدلال للمطلوب من غير نظر إلى افحام الخصم فالامر اوضح من ان يستدل له بالاصل لما عرفت من الاجماع و الاخبار المتظافرة و الايات على ما زعمه القوم .

و منها انه عقد مغاير لسائر العقود الا انه يتحد مع الامور الخمسة إذا افاد فائدتها لعدم الفارق بينه و بينها حينئذ و فيه مع انه لا يشابهها من جميع الجهات على ما سيجيء انشاء الله تعالى ان الاشتراك في الصفات لا يقتضى الاتحاد بحسب الذات مع انه يلزمه حينئذ القول باستقلاله إذا افاد غير ما يفيده سائر الانشاءات .

و منها أنه لمشابهته الامور الخمسة يشاركها في الاحكام لمكان الجامع و فيه مع ما سيظهر من تحقق الفارق انه قياس ولا يخفى ان اصالة الاستقلال انما تجرى على هذين الوجهين، هذا و تظهر الثمرة في فروع لا تحصى كجريان اكثر الخيارات فيه على التبعية و اشتراط انتفاء الغرر و تحقق القبض في الصرف و كون احد العوضين نقدا و كون التلف قبل القبض من الموجب و ثبوت الشفعة للشريك بالعقد و غيرها مما لا يخفى على الخبير وسأذكر جملة من الفروع تشييدا للمرام و تاسيا بالاعلام في طى المسائل .

تنبيه :

لا يخفى ان المراد بافادة هذا العقد فائدة ما ذكر الاشتراك معها في الثمرة في الجملة لا في جميع الاثار و الاحكام فان البيع مثلا لا يلاحظ فيه خصوصية المتبايعين

ولو اعتبرت لغى بخلاف الصلح المفيد فائدته فلو باع الاجنبى السلعة عن نفسه و اجاز المالك صح البيع و لغى قصده ووقوعه عن نفسه بخلاف ما لو صالح عن نفسه فانه يبطل ولا تنفع الاجارة كما في الهبة و النكاح و الوقف و المضاربة و الوديعة و العارية ولهذا يصح قول القائل بعتك و قبول الاخر بقوله قبلت مع ارادة القبول من الغير ولا يجب ان يقال بعت موكلك ولا يصح ان يقال وهبتك او انكحتك إذا كان المقصود ايقاعه للموكل بل يتعين انكحت و وهبت موكلك .

و السر في ذلك ان البيع انما هو المبادلة على ما هو التحقيق فالعقد يفيد بدلية مال من مال فعندالاجازة يثبت البدل لصاحب المبدل منه بخلاف النكاح فانه يفيدحصول العلقة بين الشخصين فلابد من اعتبارهما في العقد كالعوضين في البيع ولا يلزم من ذلك صحة قبول الموكل في البيع لان القبول يجب وقوعه ممن وقع الايجاب معه و المفروض وقوعه مع الوكيل و توجهيه اليه .

و بالجملة لا مدخل للاشخاص في المبادلة لعدم اختلاف الاموال باختلاف الاشخاص و المقصود بالعقد انما هو مبادلة المال بالمال بخلاف النكاح فان الغرض احداث العلقة بين الشخصين فلابد من ملاحظة خصوصياتهما في العقد وكذا القول في الهبة فان المقصود فيها التمليك و الاغراض تختلف في التمليك باختلاف الاشخاص اختلافا يعتد به في المتعارف بخلاف البيع .

نعم قد يورث اختلاف الاشخاص اختلاف العوضين و ذلك فيما إذا كان احد العوضين كليا فان الحق حينئذ يتعلق بالذمة و تختلف ذمم الاشخاص اختلافا فاحشا فلو نوى البايع قبول السلم من غيره و قصد المشترى اسلام نفسه لم يقع و ان رضى بعد العقد كما انه لاينفع الرضا لو تخلف الوصف المنوع مثل ان يشترى شيئا باعتقاد انه فرس فظهر انه ظبى .

و الحاصل ان الصلح في مورد البيع يخالفه في اعتبار خصوصية المتعاقدين فيه دون البيع و يلزم الشافعى ان لا يلتزم بالفرق و يحكم بالاشتراك .

و يفترق الصلح مع البيع ايضا في انه يصح الصلح عن الثمرة المعدومة دون البيع

و من صححه في بعض الصور فانما استند إلى الرواية و القاعدة يقتضى الفساد لان البيع هو النقل من حينه و الحاصل بالعقد هو ملك ان يملك في بيع الثمرة المعدومة بخلاف الصلح فانه يتعلق بكل ما يصلح للالتزام كما انه يصح الصلح عن العبد الابق من غير ضميمة دون البيع والصلح عن الدين مع غير من عليه الدين حيث قلنا بعدم جواز بيعه .

و امّا ما عن مفتاح الكرامة من الحكم ببطلان الصلح على الثمرة المعدومة استناداً إلى ان بيعها صح بالنص دون غيره ففيه ان اعتبار اقتضاء الملك من حين العقد انما هو في البيع و لهذا افتقر نفوذه في المعدوم كالثمرة المعدومة إلى الدليل و اقتصر على مورده ولم يتعد إلى غيره بخلاف الصلح فانه لم يعتبر فيه اقتضاء التمليك من حينه كالوصية و المضاربة و المزارعة و المساقاة و التدبير و المكاتبة .

و يصح الصلح على الاستظلال بالحائط بمعنى ابقائه له دون الاجارة فانها التسليط على العين للانتفاع ولا تسليط هنا على العين كما انه يصحّ الصلح عن الدية مع عدم جواز بيعها لابهامها و ترددها بين امور .

و يصح الصلح على ما يستتبع سقوط مالا يصلح للاسقاط بالابراء و الاسقاط كالصلح على عدم الرجوع إلى المطلقة المستلزم لعدم نفوذه بناء على ترتب الحكم الوضعي أيضاً نظرا إلى انه معنى كون الشرط مملوكا للمشروط له مع انه لا يصح اسقاطه و سياتى ما يوضحه انشاء الله تعالى .

ويصحّ الصلح عن الدين الموجل بالحالّ وعن الكلى بالمعين فيستحق الغريم التعجيل و المطالبة بالمعين بخلاف ما لو ابرءه على ان يكون له الامران فانه يبرء المديون ولا يستحق الغريم شيئا فتأمّل .

و امّا الصلح عن الدين ببعضه فهو وان شارك الابراء في الثمرة الا انه يعود بعد السقوط بالاقالة إلى الصلح و ما سقط بالابراء لا يصلح للعود ولا يخفى انّ الصلح عن الدين على أنحاء منها ان يصالح عنه ببعضه مطلقاً ولااشكال في صحته ولكنه ابراء بلفظ الصلح فانه لا يعتبر في الابراء صيغة خاصة و ليس بعقد لعدم اعتبار القبول فيه و هذا ظاهر فيما اتى فيه بلفظ الابراء كأن يقول ابرئتك عن خمسمائة من الالف الذي لي

عليك و صالحتك عن الباقي ولم يتوهم احد اعتبار القبول فيه الا الشافعية في وجه بعيد مطرد في كل ابراء و الاظهر عندهم ايضا عدمه .

و اما إذا لم يات بلفظ الابراء بل اقتصر على لفظ الصلح كان يقول صالحتك عن الالف الذي لي في ذمتك على خمسمائة فالتحقيق انه ابراء ايضا بلفظ الصلح ولا يعتبر فيه القبول و هو احد وجهي الشافعية و الاظهر عندهم الاشتراط لاقتضاء وضع اللفظ ذلك و فيه ان اعتبار القبول انما هو بحسب اقتضاء المعنى ولا معنى لاعتبار القبول في الايقاع نظرا الى ما يتحصل به من الالفاظ بل نمنع اقتضاء اللفظ ذلك ايضا و المسلم انما هو اقتضاؤه إذا كان عقدا باعتبار المعنى لا مطلقاً .

و من العجيب ان العلامة اعلى الله في الفردوس مقامه في التذكره بعد التعرض لهذا الفرض قال و هل يشترط القبول اشكال ينشأ من كونه عقدا مستقلا و من كونه في معنى الابراء انتهى فان لفظ الصلح ليس عقداً حيث يستعمل بل العقد انما هو المعنى القائم بالطرفين المرتبط بهما بحسب الذات و كون المعنى في الفرض كذلك عين المدعى بل لا شبهة في فساده فانه لا يتصور التزام من طرف الغريم لتمحض الايجاب في الابراء فتدبر .

و تبعه الشهيد ره في الدروس قال الاقرب الافتقار إلى قبول الغريم هنا و ان لم يشترط في الابراء القبول مراعاة للفظ و فيه ما عرفت .

و منها ان يصالح عنه ببعضه المعيّن و هو عقد مفتقر إلى الايجابين مفيد فائدة الابراء و هو السقوط وليس التعيين عوضا عن الساقط لعدم صلاحيته لها و ان كان حقا ثابتا على الغريم ولا المعين بل المقصود ابراء البعض و الالتزام باداء المعين نعم لو كان المقصود المعاوضة بطل لمكان الربوا و للشافعية الوجهان و اختار الجويني الفساد لان تعين البعض يقتضي كونه عوضا و كون العقد معاوضة فيصير كانه قد باع الكل بنقيصة و هو رباء .

هذا و لكن قد عرفت انه عندهم كما يكون مفيدا فائدة البيع يكون مفيدا فائدة الابراء ايضا و ان تعيين البعض لا يقتضي كونه عوضا غاية الامر امكان المعاوضة حينئذ

و هو اعم من الوقوع .

و منها ان يصالح عن المؤجل بالحال من غير حطيطة ولا زيادة أو عن الحال بالمؤجل كان يصالح عن الف مؤجل بالف حال أو بالعكس و الحق انه باطل لانه رباء فان للاجل قسطا من الثمن نعم يمكن الصلح على استحقاق المديون تاخير الاداء و استحقاق الغريم التعجيل كما يصح اشتراطهما في العقد اللازم قال في الدروس في كتاب البيع و ان شرط تاجيل الدين الحال لزم و كذا لو اشترط حلول المؤجل انتهى .

و في التذكرة يجوز تعجيل المؤجل باسقاط بعضه لانه الابراء و سايغ مطلقا ولا يجوز تأخير المعجل بزيادة فيه نعم يجوز اشتراط التاجيل في عقد لازم كالبيع و شبهه لا بزيادة في الدين بل بزيادة في ثمن ما يبيعه اياه فلو كان عليه دين حال فطالبه فسئل منه الصبر إلى وقت معلوم بشرط ان يشترى منه ما يساوى ماة بثمانين جاز لان التاخير امر مطلوب للعقلاء لا يتضمن مفسدة و هو غير واجب على صاحب الحق بل له المطالبة بالتعجيل و بيع مايزيد ثمنه على قيمة جائز مطلقا فلا وجه لمنعه مجتمعا انتهى .

إذا عرفت هذا ظهر لك انه يمكن تاجيل الحال و تعجيل المؤجل بالصلح لعموم فائدته نعم لا يصلح الاجل لان يفرد بالاسقاط ولا للالحاق بغير سبب اما الاول فلكونه من التوابع كالوصف قال في التذكرة لو كان عليه دين مؤجل فاسقط المديون الاجل لم يسقط و ليس للمستحق مطالبته في الحال لان الاجل صفة تابعة والصفة لا تفرد بالاسقاط ولهذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيد أو الدنانير الصحاح الجودة أو الصحة لم يسقط و للشافعى وجهان انتهى .

و امّا الثانى فلانه مجرد وعد لايجب الوفاء به قال في التذكرة لو حل الاجل فاجّل البايع المشترى مدة اوزاد في الاجل قبل حلول الاجل المضروب اولا فهووعد غير لازم لعدم وجود المقتضى له إذالوعد غير موجب انتهى .

و مما ذكرنا ظهر وجه النظر فيما افاده الشهيد ره في الدروس حيث قال لو صالح عن الف مؤجل بالف حال احتمل البطلان لانه في معنى اسقاط الاجل و هو لا يسقط بالاسقاط نعم لو دفعه اليه و تراضيا جاز و كذا لو صالح عن الحال بالمؤجل بطل زاد

في العوض ام لا، اذ لا يجوز تاجيل الحال والفاضل حكم بسقوط الاجل في الاولى وثبوته في الثانية عملا بالصلح اللازم ولو صالح عن الف حال بخمسمائة مؤجلة فهو ابراء من خمسمائة ، ولا يلزم الاجل بل يستحب الوفاء به انتهى فان المسلم انما هو عدم سقوط الاجل بالاسقاط منفردا و هو غير المفروض فان الساقط انما هو المؤجل بازاء الحال لا الاجل .

و ايضاً المسلم انما هو عدم لزوم الوفاء بالتاجيل بعد العقد لعدم الدليل على لزوم الوفاء به و اما عدم جواز تاجيل الحال فمما لا يصغى اليه اللهم الا ان يريد عدم الجواز من جهة استلزامه للربا على ما بينا ولكنّه يتحقق في الصلح عن المؤجل بالحال فلا وجه لاحتمال البطلان فيه و الجزم به في هذه الصورة بل لا يلائم التعليل بان الاجل لا يسقط و كان عليه ان يحكم فيه ايضا بعدم الجواز معرضا عن التعليل ايضا أو معللا باستلزامه للربا فتدبر .

و حكمه باستحباب الوفاء يشهد على ان نظره إلى ما قالت الشافعيّة من انّ الاجل لا يلحق ولا يسقط و قد عرفت انه مبنى على ما ذهبوا اليه من تبعية الصلح لغيره من العقود و عدم استقلاله بنفسه و الذى يظهر من التذكرة عدم القول بالبطلان الا من الشافعية حيث جزم بالصحة ولم يحك الخلاف الا منهم و مبنى الخلاف على الخلاف في اصالة الصلح و تبعيته .

قال ره يصح الصلح على الاعيان المماثلة جنساً ووصفا سواء كانت ربوية او لا و سواء تفاوتت في المقدار و الحلول و التاجيل اولا عندنا لما تقدم من كون الصلح عقدا مستقلا بنفسه ليس يجب ان يتبعه لواحق البيع فلو كان له الف مؤجلة على غيره فصالحه منها على الف حال أو بالعكس صح لما مهدناه من القاعدة و قال الشافعية لو صالح عن الف حال على الف مؤجل أو من الف مؤجل على الف حال كان لغوا لان الاول وعد من صاحب الدين بالحاق الاجل و الثاني وعد من المديون باسقاط الاجل والاجل لا يلحق ولا يسقط .

و هو ممنوع لانه مبنى على عدم استقلال عقد الصلح بنفسه اما لو عجل المديون

الدين المؤجل و دفعه إلى صاحبه لم يجب على المالك القبول فان قبل و رضى بالدفع سقط الاجل اجماعا لحصول الايفاء و الاستيفاء و كذا البحث في المصححة و المكسرة انتهى ولا يخفى ان هذا انما يتم على ما اختاره من اختصاص الربوا بالبيع و القرض ولايبعد انعقاد الاجماع على خلافه حتى كانه عدل عنه في الصلح من القواعد فالمخالف انما هو الحلي ره .

و اما ما حكم به من عدم وجوب القبول على المالك لوعجل المديون الدين المؤجل فقد نفى عنه الخلاف بل في جامع المقاصد نسبة الخلاف فيه إلى بعض العامة خاصة حيث قال في السلم عند قول المصنف ولو دفع قبل الاجل لم يجب القبول الخرد بذلك على بعض المخالفين من العامة انتهى .

و لكن قد يتخيل الوجوب و انه كالدين الحال في ذلك لان فائدة التاجيل الرخصة للمشترى بالتاخير لا عدم وجوب الاخذ لو دفعه اليه قبله فمصلحته مختصة به و لذا يزداد الثمن من اجله وله طلب النقصان في مقابلة التعجيل و عقد البيع بلااجل يقتضى وجوب الدفع و الاخذ و اشتراط الرخصة للاول لا يستلزمها الثاني بل الظاهر انّ المراد من الاجل التوسعة في ذلك الزمان إلى نهاية الاجل اي لاتضييق الافى ذلك الزمان كالواجب الموسع وقد يتفرع على ذلك ان للمشترى اسقاط حق التاجيل كما في غيره من الحقوق .

و الجواب انّ الاجل قيد للعقد و عود الفائدة إلى المشترى غالباً لا يستلزم انحصارها فيه و بالجملة فالاجل بحسب العادة اعتبر قيدا لا انه مجرد ارفاق للمشترى ولذا لم يقل احد بوجوب القبول قبل الاجل الا بعض العامة .

و اما ما فرّع على ذلك من ان للمشترى اسقاط حق التاجيل ففيه مع فساد اصله ان الاجل من التوابع فلا يصلح للاسقاط وقد تقدم هذا التعليل آنفا من التذكرة وعلله جامع المقاصد عند قوله لو اسقط المديون اجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال بان ذلك قدثبت بالعقد اللازم لانه المفروض فلايسقط بمجرد الاسقاط و لان في الاجل حقا لصاحب الدين ولهذا لايجب عليه القبول قبل الاجل اما لو تقايلا

فى الاجل فانه يصح و لو نذر التاجيل فانه يلزم و ينبغى ان لا يسقط بتقايلهما إذ الاقالة في العقود لا في النذور انتهى .

و فيه ان الثبوت بالعقد اللازم لاينافى سقوطه بالاسقاط كما في اشتراط الخيار و نحوه و ياليته اقتصر على التعليل الاخير فان الاجل بحسب العرف ليس حقاللمديون فقط و الا لم يتجه عدم وجوب القبول عليه قبل الاجل و الانصاف انّ ازدياد القيمة بالاجل من اقوى الشواهد على كون الاجل في النسية ارفاقا بحال المشتري فقط و من المعلوم المسلم ان للاجل قسطا من الثمن .

و في الرياض عند قوله ره ولو تبرع بالدفع لم يجب القبض مضافا إلى الاجماع عليه كالاول اي عدم وجوب دفع الثمن قبل الحلول و تخيل الوجوب هنا بناءً على انّ فائدة التاجيل الرخصة للمشترى بالتاخير لا عدم وجوب الاخذ على البايع بعد الدفع اليه ضعيف اوّلا بمنع استلزام انحصار فائدته في ذلك بعد تسليمهم وجوب الاخذ على البايع مع مخالفته الاصل الخالى عن المعارض من النصّ و الاجماع لاختصاصه بغير صورة الفرض و ثانيا بمنع الانحصار لجواز تعلق غرض البايع بتاخير القبض إلى الاجل فان الاغراض لا تنضبط انتهى .

و فيه نظر اما اولا فلانه لا مجال لمنع الملازمة بين انحصار فائدة التاجيل في الرخصة للمشترى و وجوب الاخذ على البايع لعدم الفرق بين المعجّل و المؤجل الذى انحصرت فائدة الاجل في المشترى و بالجملة لا شبهة في وجوب القبول على البايع مع عدم التقييد بالاجل و المفروض ان التاجيل لا اثر له الا الرخصة للمشترى بالتاخير و وجوب القبول عليه بعد ثبوت هذين ضروري .

و ليت شعري كيف يمكن تسليم انحصار الفائدة في رخصة المشتري مع العلم بوجوب القبول عند الاطلاق للنص و الاجماع ثم منع وجوب القبول مع التاجيل الذى لم يفد الا رخصة المشترى بالتأخير و هل هذا الا تناقض فان العلم بانحصار الفائدة في رخصة المشترى هو العلم بانتفاء فائدته عن البايع و كون وجوده بالنسبة اليه كالعدم

فالشك في تاثير التاجيل جواز امتناع البايع مع العلم بعدم تاثيره بالنسبة اليه لا يجتمعان بالضرورة .

و اما ثانيا فلان مجرد عدم انحصار الفائدة في المشترى و تعلق غرض البايع بتاخير القبض إلى الاجل لا ينافي كون الاجل ملحوظا للمشترى فقط و الشرط انما يثبت للمشروط له لا لكل من يتعلق به غرضه و مراد من يدعى انحصار الفائدة في رخصة المشترى انحصاره بحسب الاعتبار الذى هو المناط في الاثار لا انحصارها فيها مطلقاً بحيث لا يترتب عليه الا تلك الفائدة .

و الحاصل انه لا يمكر ترتب فائدة للبايع على الاجل حتى يقابل بدعوى جواز تعلق غرضه بتاخير القبض إلى الاجل فانه ضروري البطلان بل انما يدعى كون اعتبار الاجل في النسية مثلا ممحضا للارفاق بحال المشترى بحسب العادة لانّ غرض البايع غالبا يتعلق بتعجيل القبض و تعلق غرضه بالتاجيل نادر فالظاهر من التاجيل جعل المشترى مستحقا لتاخير الدفع و ان امكن ان يشاركه البايع بان يجعل حقالهما أو يختص به و جوابه ما اخترته من ان الظاهر من التاجيل الاشتراك و ان كانت الفائدة غالباً للمشترى لا ما افاده أعلى الله مقامه .

و اما ما في الجواهر من التمسك بالاجماع لعدم وجوب الاخذ على البايع مع تبرع المشترى بدفع الثمن قبل الاجل بعد الاعتراف بان شرط الاجل حق للمشترى خاصة فيظهر ما فيه مما مر ايضا لانه اعترف بان مقتضى العقد وجوب قبول البايع لولا اشتراط الاجل و المفروض انحصار حق التأجيل في المشترى فمع عدم المانع من الاقتضاء كما هو المفروض لا يتعقل التخلف لان عدم التاثير اما لعدم الاقتضاء و اما لفقد شرط او وجود مانع و المفروض انّ العقد مقتض لوجوب القبول و اشتراط الاجل ممحض للمشترى بحيث يكون بالنسبة إلى البايع كالعدم فعدم تاثير المقتضى عند اقترانه بما لا ينافي الاقتضاء ينافي الاقتضاء لانه في قوة عدم الاقتضاء .

فالتحقيق ان الاجماع المزبور قرينة على كون التاجيل قيدا للعقد لا يختص باحد من المتعاقدين فهو مانع من الاقتضاء و لا ضير فيه لانه مقتضى اطلاق العقد لا ذاته فتأمل و لله الحمد.

و منها ان يصالح عن المؤجل على الحال بنقيصة كان يصالح عن الف مؤجّلة على خمسمائة حالة ولا اشكال في صحته عندنا لعدم اشتماله على الربا و لما رواه ابان بن عثمان عمّن حدّثه عن الصادق عليه السلام قال سئلته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل ان يحل الاجل : عجل لى النصف من حقي على ان اضع منك النصف ايحلّ ذلك لواحد منهما قال نعم و في الصحيح عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام و عن الحلبي عن الصادق عليه السلام انّهما قالا في الرجل يكون عليه الدين إلى اجل مسمّى فياتيه غريمه فيقول انقدلي بعض الذي لي عليك واضع عنك بقيته او يقول انقدني بعضا وامد لك في الاجل فيما بقى قال عليه السلام لا ارى به باسا مالم يزد على رأس ماله شيئاً يقول الله تعالى «ولكم رؤس اموالكم لاتظلمون ولاتظلمون» .

و خالفنا الشافعي حيث قال لا يصح الصلح عن الف مؤجل بخمسمائة حالة لانه نزل عن بعض المقدار لتحصيل الحلول في الباقي و الصفة بانفرادها لا تقابل بالعوض ثم صفة الحلول لا تلحق بالمال المؤجل فاذا لم يحصل ما نزل عن القدر لتحصيله لم يصح النزول .

و فيه انّ العوض هو البعض الحال لا الحلول و ليس المالان متحدين بالشخص و عدم التحاق صفة الحلول بالمال المؤجل ممنوع في صورة النزاع لانّ الصلح عقد اثره ذلك .

و منها ان يصالح عن الحال بالمؤجل كذلك ولا اشكال في صحته ايضا عندنا كان يصالح عن الف حال على خمسماة مؤجلة فيبرء المديون من الخمسمائة و يستحق على الغريم التاخير إلى الاجل و قالت الشافعية انّ هذا الصلح ليس فيه سابقة المعاوضة و انما هو مسامحة من وجهين حط بعض القدر وهو سائغ فيبرء عن خمسماة و وعد بالاجل و هو غير لازم فله ان يطالبه بالباقي الحال و يظهر ضعفه مما مر .

و منها ان يصالح عن المؤجل بالحال بزيادة هذا ولا شبهة في بطلانه .

ومنها ان يصالح عن الحال بالمؤجل كذلك كان يصالح عن الف حال بالفين مؤجلة أو عن الف مؤجلة الى سنة بالفين مؤجلة إلى سنتين و هذا لا شبهة في فساده لاشتماله

على الربوا و لما تقدم من حديث الباقر و الصادق سلام الله عليهما هذا .

فتحصّل بما مر مخالفة الشافعي لنا في عدم اعتبار سبق الخصومة و كونه عقدا مستقلا غير تابع لغيره و تظهر الثمرة في طي المسائل .

و ان الصلح جاز و نفذ مطلقاسواء كان مع الاقرار او الانكار و به قال ابو حنيفه و مالك و احمد لعموم الادلة و خالف الشافعي فيهذه المسئلة أيضاً وقال انما يصح الصلح على الاقرار و صورة الانكار ان يدعى رجل على رجل آخر دينا او عينا فينكر المدعى عليه فيصالحه على ثوب اودين او بعض المدعى أو غير ذلك .

و استدل بان الصلح على الانكار معاوضة على ما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره و بالقياس على ما اذا انكر الخلع او الكتابة ثم تصالحا على شيء .

و فيه انا نمنع بطلان المعاوضة على ما لم يثبت مطلقا ولو سلم في بيع مال الغير فانما هو لتوهم انه تصرف غير جائز مع ان هذا التوهم بمكان من الضعف فان الغصب انما يتحقق بالتغلب لا بمطلق التصرف مع ان كون البيع تصرفا ممنوع و اما القياس فمع فساده في نفسه ليس في موقعه لان الحكم في الاصل ممنوع و يمكن ان يعارض دليله هذا بان الصلح سبب لاسقاط الخصومة فجاز مع الانكار كالاقرار و الصلح مع الاجنبي .

و استدل في التذكرة بوجه آخر ايضا وهو انّ الصلح وضع لقطع التنازع و هو انما يتحقّق مع المخالفة بين المتداعيين بان ينكر احدهما ما ادّعاه الاخر فلولم يسمع صلح الانكار انتفت اعظم فوائد الصلح انتهى .

اقول هذا الدليل كما ينهض للتعميم يصلح لان يعارض به دليل الشافعي فتأمل ومن العجيب انه مع اعتباره سبق الخصومة في تحقيق المهية اعتبر الاقرار وانتفاء الخصومة فان مجرد سبق الخصومة مع تعقبه بالاقرار لا يصحّح اطلاق الكلمة بحسب العرف و اللغة فان التجاذب حينئذ لم يرتفع بالعقد فاى فائدة في اعتبار سبق الخصومة المرتفعة قبل العقد اللهم الا ان يقال انّ المراد بالاقرار هو الاقرار عند المدعى لا في محضر الحاكم فالتجاذب انما ارتفع بالصلح لا بالاقرار .

و فيه انه لا يتم الا فيما كان مسبوقا بالترافع و كان المقصود منه قطع سلطنة

الرفع إلى الحاكم مع انّ المدعى اعم وكانّ الرجل لا يشعر بما يقول و ان كلامه إلى ماذا يؤل مع انه من الفحول فانّ النواميس الالهية لا تدرك بالعقول بل بالغوص في لجج احاديث آل الرسول صلى الله عليه وآله و كما انّ الحكم المزبور مطلق بالنسبة إلى الاقرار والانكار فكذا بالنسبة إلى التعلق بالعين و الدين و سبق الخصومة و عدمه و كون الصلح عن الدعوى او الشيء المدعى و الجريان بين المتداعيين و بين المدعى و الاجنبى و الوقوع مع العلم بما تصالحا به و عليه و مع الجهل.

امّا الصلح عن العين فهو قسمان صلح معاوضة و صلح حطيطة اما الاوّل فهو الذي يجرى على العين المدعاة اما بعين اخرى أو منفعة اما الاوّل فكما لو ادعى عبدا فصالحه منه على ثوب و تظهر الثمرة بين القول بالتبعية و القول بالاصالة في تعلق احكام البيع مطلقا كالردّ بالعيب و الشفعة و المنع من التصرف قبل القبض و اشتراط القبض ان كان المصالح عنه و المصالح عليه متوافقين في علة الربوا و اشتراط التساوى في الكيل و الوزن ان اتحد جنسهما من اموال الربوا و جريان التحالف عند الاختلاف وفساد العقد بالغرر.

و امّا الثاني فكما لو ادعى عينا فصالحه منها على منفعة دار، و يتعلق به على الاول احكام الاجارة حينئذ و اما صلح الحطيطة فهو الجاري على بعض العين المدعاة كما لو صالح من الدار المدعاة على نصفها و هو على مذهب بعض الشافعية هبة يشترط فيه القبول و القبض.

و لهم في هذه الصورة وجه آخر و اليه ذهب الاكثر و هو البطلان لانّ الصلح يتضمن المعاوضة ولا يقابل الانسان ملك نفسه ببعضه و على الاول فتجرى عليه احكام الهبة من اللزوم و الجواز وغيرهما و نحن نمنع كون الصلح معاوضة مطلقاً بل انما هو الالتزام من الجانبين على سبيل الاستقلال و ان لم يفد الا الاسقاط كما في الصلح عن الدين ببعضه و عن الدعوى بالدعوى و عن احدهما بالاخر و عن سائر الحقوق.

نعم لا يتاتى الالتزام عن احدهما مع العلم بكذب نفسه فيبطل مع الاقرار ويصح مع الانكار كما يظهر من الشهيد ره في الدروس حيث قال لا ريب انه لو اقر له بعين و

صالح بعضها اشترط القبول لانه في معنى هبة الباقي و يحتمل البطلان لانه يجعل بعض ملكه عوضا عن كل ملكه و هو غير معقول انتهى وفي آخر الكتاب لو ادعى عليه دينا فانكر ثم صالح على بعضها جاز عندنا ولا يتحقق هنا فرعية الهبة لانه بالنسبة إلى المدعى عليه ملك و ان كان بالنسبة إلى المدعى هبة انتهى .

ولا يخفى انه لا يستقيم على ظاهره لانه ان كان في الواقع للمتشبث فالصلح هبة من الاجنبي لمالك المال بعض ماله في قبال البعض الاخر من ماله و ان كان للمدعى فهو تمليك بعض ماله بازاء البعض الاخر منه وكلاهما فاسدان و حيث حكمنا بكون المال للمنكر المتشبث بطل هبة المدعى بعضه بالضرورة فكيف يكون بالنسبة إلى المدعى هبة مع كونه بالنسبة الى المدّعى عليه ملكا .

هذا على تقدير علم المدعى بالحال و اما مع جهلهما فلا يلزم شيء مما ذكر لان كلا منهما يلتزم بكون بعض ما يحتمل ملكيته بازاء التزام الاخر كون الباقي له فكان الشهيد ره اراد ان المنكر لعدم تيقنه بصدق المدعى يتاتى منه الالتزام بكون بعض المال للمدعى في قبال التزامه بكون البعض الاخر له بخلاف ما إذا قطع بصدق المدعى فانه لا يتعقل التزام الشخص بكون بعض ما يعتقد انه ملكه لغيره بازاء صيرورة البعض الاخر له و هذا هو المراد بقوله لانه يجعل بعض ملكه عوضا عن كل ملكه .

و ببيان آخر ان الظاهر من الصلح عن المال المدعى ببعضه كون البعض عوضا عن الكل و انما انصرف في صورة الانكار إلى الالتزام بكون المال للمدعى عليه و الاعراض عن دعواه بازاء التزامه بتسليم بعضه إلى المدعى و لفساد الدعوى بالاقرار لا يؤل هذا الصلح إلى وجه صحيح و هو مع بقائه على حاله غير متعقل فانه ليس الا الصلح عن الكل بالبعض فتأمل .

و اما الصلح عن الدين ففصل فيه الشافعي فابطل الصلح على بعض ما في الذمة معللا بان الصحيح على تقدير الهبة و ايراد الهبة على ما في الذمة ممتنع و إذا وقع على البعض المعين فرتبه على صلح الحطيطة في العين ان لم يصح فهذا اولى و ان صح ففيه وجهان والفرق ان ما في الذمة ليس ذلك المعين ففي الصلح عليه المعاوضة ولا يمكن

تصحيحه معاوضة عندهم مع الانكار وقد مرت الاشارة إلى تفصيله .

و اما التعميم بالنسبة إلى الدعوى و ما تعلقت به فخالف فيه الشافعي ايضاً استنادا إلى انّ مجرّد الدعوى لا يعتاض عنه ، و نحن نمنع كون الصلح من عقود المعاوضات مطلقا نعم قد يفيد فائدتها ولكنه بعد اعتباره الاقرار في هذا العقد لايحتاج إلى هذا الاستدلال فان الدعوى لا تجامع الاقرار بالضرورة و اما سبق الخصومة فقد عرفت مخالفته لنا في اعتباره ايضا و انه فاسد لان اعتباره انما هو لاقتضاء وضع الكلمة و مع اعتباره الاقرار لا يجدى ذلك .

ولا باس بالاشارة إلى جملة من الفروع ايضاحاً للمرام و تاسيا بالاعلام :

منها انه لو صالح عن ملكه بشيء من غير سبق خصومة جاز عندنا و بطل على مذهب الشافعية و قد جعلوا الصحة ايضا وجها و لكنه على اصلهم غير وجيه ولا يخفى ان هذا الخلاف انما هو فيما لولم ينوبه البيع و الا فهو كناية و ظاهر التذكرةالاجماع على عدم الاكتفاء بها في البيع و للشافعية قولان .

و منها ان طلب المدعى عليه المصالحة من المدعىليس اقرارا عندنا لما عرفتمن انه يصحّ مع الانكار ايضا و اما الشافعية ففصلوا بين ما إذا اطلق او قيد بالدعوىالكاذبة و بين ما قيده بالامر المدعى فوافقونا في الاول و لهم في الثاني وجهان احدهما انه اقرارلانه طلب منه التمليك المتضمن للاعتراف بالملك و اصحهما عندهم انه ليسباقرار ايضا لجواز ان يكون المراد قطع الخصومة الذى وضع الصلح في الاصل لاجله و سوى بعض الشافعية بين ما تقدم و بين قوله بعنى لاتحاد الصلح و البيع و الوجه الفرق و المشهور انه اقرار لصراحته في التماس التمليك، و طلب الابراء مع التنازع في الدين اقرار .

و منها انه يصح ان يصالح الشخص حصته من الميراث بشيء مطلقاً عندنا وقالت الشافعية ان كانت التركة اعيانا فهو صلح عن العين و ان كانت ديونا عليه فهو صلحعن الدين و ان كانت على سائر الناس فهو بيع الدين من غير مَن عليه الدين ولو كان في التركة عين ودين على الغير فالصلح عندهم باطل فيالدين لعدم تجويزهم بيع الدينمن

غير من عليه و اما في العين فقولان عندهم مبنيان على قولي تفريق الصفة .

و منها انه لو ادعى دارا في يد غيره فصالحه منها على سكناها سنة بطل ان كان مع الاقرار و صح مع الانكار و ليس فرعا على العارية عندنا و قال الشافعي انه فرع العارية بل هو هي يرجع فيها متى شاء و ليس بمعاوضة لان الرقبة و المنافع ملكه و محال ان يعتاض بملكه عن ملكه .

و يظهر ما فيه مما حققناه في صلح الحطيطة في العين و على اصلهم لا يستحق اجرة المثل إذا رجع عن العارية واليه ذهب الاكثر و نقل عن بعضهم وجه انه يستحق لانه جعل المنفعة في مقابلة رفع اليد و هوعوض فاسد هذا و اما إذا صالح عن سكناها سنة بخدمة عبد كذلك فهو على اصلهم فرع الاجارة .

و منها أنه لو تنازعا في الزرع الاخضر فتصالحا منه على شيء صح سواء شرطا القطع ام لا و سواء كان مع الارض ام لا و قال الشافعي لا يجوز الا مع الشرط ولو كان مع الارض فاصح الوجهين عنده الصحة مع عدم الاشتراط و اما لو تصالحا منه على بعض لم يصح مع الاقرار و اما مع الانكار فيصح مطلقا و قال الشافعي لا يجوز سواء شرط القطع ام لا قياسا على ما لو باع نصف الزرع مشاعا و اصله كاصل اصله فاسد .

و منها انه لو صالح عن شيء بما يجانسه فهل يعتبر عدم التفاضل ام لا وجهان مبنيان على عموم حرمة الربوا لجميع المعاوضات كما هو المشهور بل الظاهر كونه مجمعا عليه و اختصاصه بالبيع على ما ذهب اليه الحلي ره و العلامة ره في بعض كتبه و ذلك كان يصالح عن الف درهم و خمسين دينارا في يد غيره على الفي درهم .

هذا إذا كان المبلغ عينا و اما إذا كان دينا فعلى التفصيل المتقدم من انه اما عن الحال بالمؤجل المساوي أو بالعكس أو عن الناقص بالزايد أو بالعكس مع التساوي في الحلول و التاجيل أو الاختلاف .

اما الصلح عن الزايد بالناقص المعين و عن المؤجل بالناقص الحال فلا اشكال فيه لكونه ابراء عن البعض بازاء الحلول أو التعيين و اما الصلح عن الناقص بالزايد فان كان في قوة الابراء فكذلك كالمثال المتقدم بان يكون المقصود الابراء من الالف والتعويض

عن الخمسمائة بالالف و الابطل على المشهور سواء كانت الزيادة حقيقية أو حكمية و العلامة ره لتخصيصه الربوا بالبيع فرع البطلان على الفرعية فخص الشافعي بالخلاف.

قال في التذكرة مسئلة لا يشترط في الصلح عن الاثمان ما يشترط في بيع الاثمان عندنا لان الصلح قد بينا انه عقد مستقل بنفسه فلوكان في يد غيره الف درهم وخمسون دينارا فصالحه منه على الف درهم صح عندنا و قال الشافعي لا يجوز انتهى و ظاهره دعوى الاجماع على الصحة وقد عرفت الحال.

و منها أنه لو صالح على النقد بنقد آخر لم يعتبر القبض في المجلس لاختصاصه بالبيع و على مذهب الشافعية يعتبر و في الدروس عن المبسوط و ابن الجنيد اختياره.

ومنها انه لو صالح عما اتلفه بازيد من قيمته ففى السرائر لا خلاف بين اصحابنا الامامية رضوان الله عليهم في صحته و في الدروس ان المشهور الجواز و عن الخلاف و المبسوط المنع وعلله في الخلاف على ما في السرائر بانه إذا اتلف عليه الثوب وجبت في ذمته قيمته بدلالة ان له مطالبته بقيمته فالقيمة ههنا دينار واحد فلواجزنا ان يصالحه على اكثر من دينار كان بيعا للدينار باكثر منه وذلك رباء لا يجوز وتقدمت حكاية كلامه بتمامه.

و بنى جمع من الاساطين المسئلة على ان ضمان المثلى هل هو بالمثل أو القيمة فجوزوه على الاول و منعوا منه على الثاني قال في الشرايع لو اتلف على رجل ثوبا قيمته درهم فصالحه منه على درهمين صح على الاشبه لان الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم انتهى و في المسالك هذا انما يتم على القول بضمان القيمى بمثله ليكون الثابت في الذمة ثوبا و يكون هو متعلق الصلح و اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمة المتلف انما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل و هو الاقوى انتهى.

و علله في الروضة عند قول المصنف ولو اتلف عليه ثوبا يساوى بدرهمين فصالح على اكثر او اقل فالمشهور الصحة بان مورد الصلح الثوب لا الدرهمان و هذا انما يتم على القول بضمان القيمى بمثله ليكون الثابت في الذمة ثوبا فيكون هو متعلق الصلح اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمته انما هو الدرهمان فلا يصح الصلح عليهما بزيادة عنهما ولا نقصان مع اتفاق الجنس ولو قلنا باختصاص الربوا بالبيع توجه الجواز ايضا لكن المجوز لا يقول به انتهى.

وفي التذكرة مسئلة لو اتلف رجل على آخر عينا حيوانا أو ثوبا وشبههما قيمتها دينار فادعاه عليه فاقر له به ثم صالحه منه على اكثر من ذلك صح عندنا وكذا لوانكره ثم صالحه و به قال ابوحنيفه للاصل و لان الثوب و الحيوان يثبت في الذمة مثلهما في الاتلاف فكان الصلح على مثلهما و قال الشافعي و احمد لا يصح الصلح لان الواجب في الذمة قيمة المتلف دون مثله و لهذا لا يطالبه بمثله و إذا كان الواجب القيمة فاذا صالحه عليها باكثر من قيمتها او اقل فقد عاوض عليه متفاضلا و ذلك ربا في النقود و الكل ممنوع انتهى .

و في الدروس لو اتلف عليه ثوبا قيمته عشرة فصالح بازيد أو انقص فالمشهور الجواز لان مورد الصلح الثوب ويشكل على القول الاصح بضمان القيمي بقيمته فيودي إلى الربوا و من ثم منع في الخلاف و المبسوط .

و التحقيق عدم ابتناء المسئلة على ما ذكروه بل يصح الصلح على ما هو التحقيق من ضمان القيمي بالقيمة ايضا فان المضمون ليس واحداً من النقدين بالخصوص بل مطلق النقد الغالب فالصلح عن قيمة الثوب التى هى عشرة دراهم بخمسة عشر في الحقيقة صلح عن النقد المطابق لعشرة دراهم و ما يساويه من الدينار لانه المضمون لا خصوص العشرة دراهم فلا يتحقق التماثل .

و اما ضمان مثل مالا مثل له و هو القيمي فمما لا يفهم له معنى محصل لانه لعدم جري العادة على وجوده و تعذره راسا بحسب الذات لا يمكن ان يخاطب الشخص بادائه والاحكام الوضعية انما يتحقق بلحاظ ما يترتب عليها من الاثار التكليفية وليس هذا من قبيل تعذر مثل المثلي بحسب الاتفاق فان ضمانه انما هو بلحاظ حالة امكانه .

وفي الجواهر عند شرح قول المصنّف ره لان الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم حكى هذا الكلام المتقدم عن المسالك ثم قال وفيه ان المعلوم من مذهب المصنّف ضمان القيمي بقيمته لا بمثله الذى هو مذهب نادر و ليس ما في كلام المصنّف ره و الفاضل ره بل المشهور كما سمعت مبنيا على ذلك بل هو اما لان الثابت في القيمي نفسه في الذمة كما هو مقتضى قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدى بل و قوله : من اتلف الخ و ان كان

الواجب دفع القيمة عنه عوضا شرعيا لعدم امكان اداء نفسه وعدم معرفة مثله حتى يكون اقرب من القيمة فالصلح حينئذ إنما وقع عنه لا عن قيمته و ليس هذا قولا بكون القيمي يضمن بمثله الذى هو معنى وجوب تادية المثل التسامحى عرفا او لانه و ان قلنا بكون الثابت في الذمة قيمته الا انها غير متعيّنة في خصوص الدراهم انتهى موضع الحاجة.

و فيه نظر اما اوّلا فلان مبنى كلام الفاضل و جماعة ما ذكره الشهيد ره على ما صرحوا به وهو الظاهر من كلام المصنّف ره هنا و ان كان مخالفا لما اختاره في غير هذا المقام و ليس مثل هذه المخالفة بعزيز.

و اما ثانيا فلان احتمال ان يكون المراد ما يتراءى من كلامه من كون الثابت في الذمة نفسه في القيمى بمكان من الوهن لما عرفت من ان الاحكام الوضعية لا يتحقق الا بلحاظ الاثار التكليفية حتى ان جماعة من المحققين ذهبوا إلى انها ليست مجعولة بل انما ينتزع من الاحكام التكليفية وكيفما كان فلا معنى لاشتغال الذمة بعين التالف.

و اما الرواية الاولى فانما تدل على كون المأخوذ مضمونا على الآخذ إلى زمان التادية و معنى كونه مضمونا عليه وجوب ردّه مادام باقيا و بدله بعد التلف فكونه مضمونا بعد التلف بمعنى وجوب رد بدله فالذمة مشغولة بالبدل لا بالتالف و كون التالف مضمونا ليس من ثبوته في الذمة في شيء مع ان الجزئي لا يستقر في الذمة ولا معنى لاشتغال الذمة بالشخص حال وجوده فضلا عما لو تلف و عدم فان المعدوم لا يعاد و هذا بخلاف الكلي فان اشتغال الذمة به بمعنى وجوب دفعه إلى من يستحقه و هو مقدور لانه عين الافراد.

و اما الثانيه فيظهر حالها مما تقدم فانّ ضمان المتلف العين التالفة لا معنى له الا اشتغال ذمته برد بدلها إلى مالكها والله تعالى اعلم فظهر انّ احتمال هذا المعنى عن ساحة كلماتهم بمراحل فتامل و اما احتمال ارادة مطلق القيمة من الثوب فهو و ان كان وجيها الا انه في غاية البعد.

و منها انه لو صالح عن قيمة التالف بمثله مؤجلا بطل على الفرعية ولم يلزم

الاجل لانه بيع الدين بالدين و الحالّ لا يتاجل و اما على الاصالة فلا يتطرق إليه الفسادمن هذه الجهة و لكن يشكل على ما سيجيء انشاء الله تعالى من انه لابد في الصلح من الالتزام الاستقلالي من الطرفين و المؤجل عين ما استقر في الذمة بالاتلاف و مجرد اعتبار الاجل لا يجعله مغايرا لما اشتغلت به الذمة فان الاشتراط لايغاير المشروط فالتزام التاجيل من ربّ المال لم يقابل بالتزام من المتلف مع انّ التأجيل لا يصلح للهبة و الابراء و الاسقاط فالصلح عن الحال بالمؤجل لا محصل له و مجرّد الالتزام بالتاجيل ليس من العقود هذا .

و يندفع الاشكال بوجوه منها ان الثابت في الذمة المثل فبالصلح يعاوض عنه بالقيمة فيتحقق الالتزام من الجانبين وهذا انما يتم على مذهب من يقول بان المضمون في اتلاف القيمي انما هو المثل كما صرح به في التذكرة .

و منها ان قيم المتلفات قد لايكون لها حد معين في الواقع بل تختلف باختلاف الرغبات و تكون للشيء الواحد قيم متعددة ويصح الالتزام من المتصالحين بقيمة معينة.

ومنها انّ الثابت في الذمة بالاتلاف انماهوالنقد الغالب فيلتزم احدهما بالتاجيل و الاخر بالتعيين في الدنانير مثلا ومما ذكرنا تندفع الشبهة عما ذكره في التذكرة حيث قال لو كانت قيمة العبد الفا فصالحه على الف مؤجّلة صحّ و لزم الاجل عندنا و به قال ابو حنيفة و احمد للاصل و للعموم و لانهما نقلا الحق إلى القيمة فكان ما سمّياه تقديرا للقيمة فكان جائزاً كما لوقدر الصداق للمفوضة مؤجلا انتهى و قوله ره و لانهما نقلا الحق إلى القيمة يشير إلى انّ الحق اولاهوالمثل وقوله فكان ماسمياه تقديراً للقيمة يشعر بانّ كون القيمة الفا ليس على التحقيق بحيث لا يحتمل الزيادة و النقيصة والا فلا معنى للتقدير مع فرض استقرار القيمة في ذلك المقدر وقد اشرنا إلى انّ قيم المتلفات تختلف باختلاف الرغبات و كان الاخذ بالوسط عند اختلاف المتقومين على هذا التقدير لا على تقدير التعارض فانه لا يلائم مقام التعارض لانه ليس جمعاً ولا ترجيحا ولا عملا بالاصل .

هذا و لكن العلامة ره لم يعتبر الالتزام من الطرفين في الصلح حيث صحح الصلح عن الدين ببعضه من غير تقييده بالحلول و التعيين حيث قال و إما ان لا ياتى

بلفظ الابراء و يقتصر على لفظ الصلح فيقول صالحتك عن الالف التي في ذمتك على خمسمائة صح عندنا ايضا و للشافعية وجهان كما تقدم في صلح الحطيطة في العين والاصح عندهم الصحة .

وهل يشترط القبول ينشأ من كونه عقدا مستقلا و من كونه في معنى الابراء و للشافعية وجهان كالوجهين فيما إذا قال لمن له عليه الدين وهبته منك و الاظهر عندهم الاشتراط لاقتضاء وضع اللفظ ذلك انتهى فالكلام المتقدم منه لعله مبني على هذا لا على ما ذكر من الوجوه وقد عرفت مافيه عند التعرض لوجوه الصلح عن الدين هذا و سيتضح جملة من الفروع في طي المباحث .

تتميم :

لا يخفى ان كلا من المدعى و المنكر اما ان يعتقد كذبه أو كذب صاحبه أو يعتقد صدق نفسه أو صاحبه أولا يعتقد شيئا منهما و حينئذ فاما له شبهة مجوزة للدعوى ام لا وعلى التقادير فالصلح اما عن الدعوى أو عن المدعى به و الصلح عن الدعوى اما في اسقاطها راسا بحيث لايسمع من المدعى بينة ولايسعه تحليف المنكر و اما في اسقاط حق التحليف فقط و الصلح عن المدعى به اما ببعض منه او بامر خارج و الثانى اما على سبيل المعاوضة المحضة و اما على سبيل المعاوضة على تقدير الاستحقاق والتمليك مجانا على تقدير عدمه : اما الصلح عن الدعوى فمجمل القول فيه انه اما عن اسقاط اليمين و اما على التخلية بين المدعى به و المنكر و عدم التعرض له بوجه و على كلّ تقدير فكلّ من الدعوى و الانكار امّا باعتقاد الصدق أو الكذب أو الشبهة المجوزة أو بالشبهة الغير المجوزة أو احدهما باعتقاد الصدق و الاخر باعتقاد كذب نفسه أوصاحبه او بالشبهة المجوزة أو غيرها أولاحدهما شبهة مجوزة وللاخر شبهة غير مجوزة : اما مع اعتقاد الكذب منهما أو من احدهما فالظاهر فساد الصلح لعدم تاتى الانشاء من القاطع بكذب نفسه الا على جهة المطاوعة المحضة وقدعرفت انّ الصلح لايتحقق الابالالتزامين المستقلين و اما مع الشبهة الغير المجوزة فلا يبعد البطلان أيضاً و اما مع عدمهما فالظاهر الصحة مطلقا لعموم الادلة و عدم ما يقتضى الفساد .

هذا ما لم ينكشف الواقع و اما إذا تبين فساد الدعوى بمعنى عدم استحقاق المدعي للمدعى به فان كان الصلح عن اسقاط اليمين فالظاهر بقاء الصلح على الصحة لان المفروض انه كان له التحليف و ليس هذا حكما ظاهريا لان استحقاق التحليف ليس فرعا على استحقاق المدعى به في نفس الامر وان كان الصلح على التخلية فالظاهر البطلان من الاصل لان المفروض انه انكشف عدم كونه مالكاً للتخلية التى صالح عليها .

و اما إذا انكشف الاستحقاق فلا ريب في صحة الصلح عن اليمين و اما الصلح على التخلية فالظاهر انفساخه من حين الاسترداد لان المفروض انه انما اقدم على الصلح ابقاء للمدعى به على حاله ابدا لاعتقاده استمرار الشبهة فانكشاف الواقع هنا كانهدام الدار و موت الدابة المستاجرتين و لكون الصلح عن الدعوى في قوة الصلح على التخلية ليس للوارث ايضاً التعرض للدعوى لان حق المدعى يتعلق بالمدعى به فهو حينئذ كالعين المستاجرة و الا فالدعوى لا تنتقل من المورث حتى يمنع منه اسقاطها .

و هل يمكن توزيع الدعوى على الازمان فيصالح على تركه للدعوى مادام حيا أو في مدة معينة وجهان من انه في قوة الصلح على التخلية فهو بمنزلة الاجارة و كما ان المنفعة موزعة على الا زمان فكذا التخلية و من ان الدعوى كالرجوع امر وحداني غير صالح للتوزيع ولا تختلف بالقلة و الكثرة .

و اما الصلح عن المدعى به ان كان فتظهر حال اقسامه مما مر لانه اما ببعضه أو بامر خارج و على الاول فاما باعتقاد الصدق أو الكذب على التفصيل المتقدم و على الثانى فان كان على سبيل المعاوضة المحضة دار الحكم بالصحة مدار انكشاف الاستحقاق و ان كان على سبيل المعاوضة على تقدير الاستحقاق و التمليك مجاناً على تقدير عدمه كما هو الحال في مقام الاحتياط حكم بالصحة و ان انكشف عدم الاستحقاق .

و امّا إذا كان المدعى به دينا فقد ظهر حكم اقسامه مما تقدم و انما الاشكال فيما لو صالح من عليه الحق العالم بالاستحقاق مع من له الحق باقل مما عليه من غير ان يعلمه ويخبره فان مقتضى القاعدة برائة المدبون إذا أسقط ذوالحق ما يحتمل استقراره في ذمته و كون المديون عالما بالحال و عدم اعلامه لا يمنع منه و ان كان ممن يحتال في

تحصيل البرائة باخفاء الامر على ذى الحق ولكنه من الاخبار مالعله يدل على بطلانه.

قال على بن ابى حمزة قلت لابي الحسن عليه السلام يهودي أو نصراني كان له عندى اربعة آلاف درهم فهلك ايجوزلى ان اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان فقال عليه السلام لا يجوز حتى تخبرهم و في صحيح عمر بن يزيد عن ابيعبدالله عليه السلام إذا كان للرجل على الرجل دين فمطل حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذى اخذ الورثة لهم وما بقى فهو للميت يستوفيه منه في الاخرة وان هو لم يصالحهم على شيء منه حتى مات ولم يقبض عنه فهو كله للميّت ياخذه به.

و تنقيح المبحث يتوقف على رسم مقدّمة وهي ان مصالحة المديون العالم بمقدار الدين مع الغريم الجاهل بالمقدار باقل من حقه يتصور على وجوه :

منها ان يصالح عن الكلى العام لما في ذمة المديون من غير ان يكون اعتقاد القلة داعيا على المصالحة فضلا عن ان يكون القليل عنوانا و هذا لا إشكال في صحته حتى مع اعتقاده كونه مقدارا هو اقلّ مما في الواقع .

و منها ان يصالح عما في الواقع ولكن لا على سبيل الكلية بل على ان يجعل الموصول عبارة عما يعتقده مع انطباقه على اقل مما هو في الواقع و هذا لا ريب في عدم نفوذه في البرائة من الجميع بل بطلانه ولا ينفع الرضا أيضاً .

و منها ان يصالح المنطبق على ما في الواقع باعتقاد كونه اقل من المقدار الثابت و هذا انما يصح بلحوق الرضا، و امّا مع عدمه فلا كبيع المكره فانه قاصد للانشاء الا انه غير راض به .

إذا تمهدت هذه فنقول: ان الرواية الاولى لا تدل على خلاف ما ذكرنا بل انما تدل على عدم نفوذ الصلح الا مع الرضا، و ظاهر حال الورثة عدمه و انهم لا يرضون بابراء ذمة المديون و انما يرضون باخذ بعض الحق لعدم علمهم باستحقاقهم ازيد منه و فقدهم طريق الاستعلام و ان المديون لعلمه بعدم رضاهم بذلك لا يعلمهم بالمقدار و يحتال بهذا تحصيل البرائة فالامام عليه السلام حكم بان مثل هذا ليس صلحاً صحيحا لعدم رضاهم ببرائته و انما صالحوا كرها فهو اكل للمال بالباطل و صرح بهذا المعنى في التذكرة

حيث قال و يشترط في صحة الصلح الرضا من المتصالحين فلا يقع مع الاكراه عند علمائنا كافة كغيره من العقود لقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم .

و من صور الاكراه ما لو كان على غيره حق مالى فانكره المديون ظاهرا فصالحه على بعضه أو على غيره توصلا إلى اخذ بعض حقه لم يصح الصلح ولم يتم ابراء ذمة المديون من الحق الذي عليه سواء عرف المالك قدر حقه ام لا و سواء ابتدء المالك بطلب الصلح عن حقه المعلوم أو المجهول ام لا ولا يفيد مثل هذا الصلح ملكا للاخر الا ان يحصل الرضا الباطنى .

و كذا لو كان عليه حق غير معلوم القدر للمالك فصالح المديون مالكه على شيء لم يكن ابراء للمديون الا ان يعلمه بقدره او يرضى باطنا بالصلح عن اي مقدار كان اوقع عليه عقد الصلح لما رواه على ابن أبى حمزة و ذكر الرواية إلى آخرها فقال و لان ذلك اكل مال الغير بالباطل فيدخل تحت النهي و مع الرضا باي مقدار كان يكون سائغا انتهى .

و كذا الحال في الرواية الثانية فانها ايضا لا تدل الا على بطلان الصلح مع عدم الرضا، قال في التذكرة لو ماطل المديون صاحب الدين عن دينه حتى مات فصالح ورثته على بعضه فعل حراما ولم يكن للورثة المطالبة في الظاهر ولا تبرء ذمة المصالح فيما بينه و بين الله تعالى لما تقدم من ان ذلك من صور الاكراه و لما رواه عمر بن يزيد الخ فقال و كذا لو ادعى كاذبا على غيره فصالحه الغير لم يبح للكاذب بذلك الصلح مال الصلح الا مع الرضا الباطنى انتهى .

و يمكن ان يقال ان الظاهر من الروايتين الحكم بالفساد في الفرض مطلقا لاستظهار عدم الرضا نوعاً و حينئذ فالحكم مخالف للاصول يقتصر فيه على مورده فان الصلح بداعى اعتقاد القلّة أو لعدم التمكن من الاستعلام لا يلزم ان يكون مع الكره و عدم رضاه على تقدير العلم بالمقدار لا ينافى رضاه فعلا الذي هو المناط في الصحة .

و يطابق ما في التذكرة ما في القواعد ووافقه جامع المقاصد قال ره قوله أو صالحه

مع انكاره ظاهرا على بعض ما عليه سواء عرف المالك قدر حقه ام لا فان الصلح في مثل ذلك لا يثمر ملكا ولا ابراء الا ان يعلم المالك ما عليه و يرضى باطنا : لا بحث في صحة الصلح مع الاقرار اما مع الانكار فاذا انكر المدعى به ظاهرا وصولح على بعض ما عليه اى على قدر بعض ما عليه في الواقع سواء كان من جنسه ام لا ومنه ما لو صالح ببعض ما ادعى به فان هذا الصلح باطل بحسب الواقع ولا يثمر ملكا ان كان المدعى به عينا ولا ابراء ان كان دينا سواء عرف المالك قدر حقه ام لا و سواء ابتدء هو بطلب الصلح عن حقه ام لا، لان صلحه ربما كان توصلا إلى اخذ بعض حقه الا ان يعلم ان المالك قد رضي باطنا مع علمه بقدر الحق فلو كان له عليه دين لا يعلمه فصالحه عنه بأقل منه من غير ان يعلمه بقدره لم يبرء بذلك لرواية على بن أبى حمزة عن ابى الحسن عليه السلام الرواية .

هذا حال الصلح في نفس الامر وامّا ظاهرا فانه صحيح يحكم على كل منهما به نعم لو اقر المدعى عليه بعد الصلح بصحة الدعوى وجب تسليم المدعى به ظاهرا أيضاً ثم المدعى ان كان قد رضي بالصلح باطنا لا يجوز له اخذه و الا اخذه .

ثم قال و كذا لو كان المدعى كاذبا فصالحه المنكر فانه غير مباح الا مع رضا الباطني لان الظاهر انه يريد التخلص من عهدة دعواه الكاذبة ، ولانه مع عدم التراضي اكل مال بالباطل .

هذا بحسب نفس الامر و اما بحسب الظاهر فانه صلح صحيح ولو ادعى مثلا بخط مورثه او وكيله و نحوه فاتجه على المنكر اليمين فاراد الصلح لقطع هذه الخصومة و اسقاط اليمين فليس بعيدا من الصواب صحته ظاهرا و ما في نفس الامر تابع لصحة الدعوى و عدمها و يحتمل الصحة مطلقا لان اليمين حق فيصح الصلح لاسقاطها انتهى.

فالروايتان لم يثبت بهما ما يخالف الاصول لان الفساد انما هو بحسب نفس الامر بعدم الرضا بالصلح وان الفرض التوصل إلى اخذ بعض الحق، هذا ما يظهر من تصريحاتهم و امّا مع قطع النظر عن ذلك فالروايتان لامقيد لاطلاقهما وكيف ما كان فالظاهر صحة الصلح مع علم المصالح بالكسر بمقدار الحق و جهل من له الحق و عدم اعلامه بالحال إذا كان الصلح عن الكلى الشامل لما في نفس الامر مقترنا بالرضا، و ان الفساد انما هو على تقدير عدم الرضا أو الترديد على ما مر مفصلا و مع الفساد في نفس الامر يحكم

بالصحة ظاهرا إلى ان ينكشف الخلاف باقرار او بينة .

و الحكم بالصحة ظاهرا اما بمعنى مجرّد ترتيب آثار الصحة بالنسبة إلى ما في يدكل منهما فيحكم بملكية المتشبث لمكان اليد و بملكية المدعى مال الصلح حملا لاخذه إياه على الصحة و هذا ليس من جهة الحكم بصحة الصلح ظاهرا بل إنما هو للعمل باليد واصالة الصحة والعلم الاجمالي ببطلان احدهما لاينافي ترتيب الاثار بالنسبة إلى كلّ واحد منهما كما في واجدى المنى في الثوب المشترك هكذا يقال .

و فيه ما لا يخفى فان التكليف ليس منجزاً على التقديرين في الواجدين لانّ احدهما ليس مكلفا بالغسل على تقدير جنابة صاحبه بل انما هومكلف على تقدير جنابة نفسه و المفروض انه مجهول فالشك انما هو في التكليف بدوا و هذا بخلاف ما نحن فيه فان الثالث يعلم بكون احدهما غاصبا و عدم استحقاق واحد منهما ما في يده فهو كعلم احد الواجدين او ثالث بنجاسة واحد من الثوبين ولا شبهة في وجوب الاجتناب عنهما مع كون كلّ منهما محلا للابتلاء و اما بمعنى الحكم بنفوذ الصلح و الحكم بملكية كلّ منهما ما يرجع اليه للصلح و حينئذ فانما يبطل إذا تبين كون احدهما متعمدا في الكذب و مبطلا و اما مجرد تبين عدم الاستحقاق فلايكشف عن الفساد و مما ذكر يتضح وجه ما افاده المحقق الثاني ره من صحته بحسب الظاهر و فساده بحسب نفس الامر .

و امّا قوله ولو ادعى مثلا بخط مورثه الخ ففيه ان تبعية الصحة النفس الامرية لصحة الدعوى لا وجه لها ان كان المراد بصحتها مطابقتها للواقع كما هو الظاهر نعم هذا يتم لو كان المراد بصحتها كونها على الوجه الشرعى كالاستناد إلى النسبية و خط المورث و الوكيل و لكن المفروض ثبوت هذه الصحة في الظاهر فلا معنى للتفكيك بين الظاهر و الواقع و الحكم بالصحة جزما على الاول و تعليق الثانى على صحة الدعوى في نفس الامر فان هذه الصحة يتوقف عليها الحكم بالصحة الظاهرية ايضا فلو تبين عدم استناده في الدعوى إلى ما تسوغ معه لم تسمع و الحمل على الصحة عند الشك لا ينافي تبعيتها له كما لا يخفى .

مع انّ المفروض احراز استناد الدعوي إلى بعض ما ذكر فلا وجه للحكم بتبعية

مافي نفس الأمر لصحتها لأن المفروض توجه الدعوى وجوازها فللمدعى تحليف المنكر و ان لم تطابق الدعوى للواقع لان حق التحليف يثبت لمن تسوغ له الدعوى مطلقاً فيصح الصلح عنه في الواقع مطلقاً .

وفي المسالك ان المراد بصحة الصلح مع الانكار صحته بحسب الظاهر و أما بحسب نفس الامر فلا يستبيح كل منهما ما وصل اليه بالصلح و هو غير محق فاذا انكر المدعى عليه المدعى به ظاهراً وصولح على قدر بعض ما عليه في الواقع او ببعض العين او بمال آخر لم يستبح المنكر ما بقى له من المال المدعى عيناً و دينا حتى او كان قد صالح عن العين بمال آخر فهو باجمعها في يده مغصوبة و لا يستثنى له منها مقدار ما دفع لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر .

و كذا لو انعكس وكان المدعى مبطلا لم يستبح ماصولح به من عين و دين وانما حكمهم بالصحة بحسب ظاهر الشرع لاشتباه المحق من المبطل لأن هذا كله اكل المال بالباطل و انما صالح المحق المبطل دفعا لدعواه الكاذبة وقد يكون استدفع بالصلح ضرراً عن نفسه او ماله و مثل هذا لا يعد تراضيا يبيح اكل مال الغير انتهى .

وفيه ان حكمهم بالصحة لعدم العلم بكون احدهما مبطلا حتى انه ان علم ذالك لم يحكم بصحة الصلح بل يعمل بما يقتضيه الاصول نعم يحكم بالصحة مع العلم بمخالفة قول واحد منهما للواقع مع عدم التعمد في الكذب ولكن الاختصاص له بالظاهر على مامر .

ثم قال نعم لوكانت الدعوى مستندة الى قرينة تجوزها كما لووجد المدعى بخط مورثه ان له حقا على احد اوشهد له من لا يثبت بشهادته الحق و لم يكن المدعى عالما بالحال و توجهت له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال اوعلى قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها و مثله مالو توجهت الدعوى بالتهمة حيث يتوجه اليمين على المنكر و لا يمكن ردها انتهى فهولم يعتد بما في جامع المقاصد من تبعية هذا الصلح لمافي نفس الامر بل انما ارتضى ماذكره على سبيل الاحتمال و لقد اجادفيما افاد، هذا كله في مصالحة المدعى مع المنكر . و اما

مصالحة الاجنبى .

فتفصيل الكلام ان صلحه مع المنكر لا يكون الا وكالة عن المدعى أو فضولة و اما صلحه مع المدعى فيجوز ان يكون وكالة و ان يكون فضولة و ان يكون لنفسه و على التقادير فاما ان يكون بمال المنكر أو بمال نفسه و على التقديرين فالصلح امّا عن الدعوى أو عن المدعى به و المدعى به اما ان يكون دينا او عينا و المدعى عليه اما معترف و اما منكر امّا الصلح مع الاعتراف وكالة بمال المدعى عليه فلااشكال في صحته و امّا لو صالح بما له فهو كما لو اشترى لغيره بمال نفسه باذن ذلك الغير و فيه خلاف و على الصحة فالذى يدفعه قرض او هبة و قول مدعى الوكالة مقبول في البيع و الشراء و سائر المعاملات ولو كان في الواقع كاذبا كان حكمه حكم شراء الفضولى .

و منه يظهر حال الفضولي و امّا صالح الوكيل مع الانكار فلا اشكال عندنا أيضاً في الصحة و أمّا على مذهب الشافعية فان قال الوكيل ان المنكر مقر باطنا الا انه لا يظهر اقراره خيفة ان تسلط عليه ثم صالحه فكذلك عندهم ايضا و الا فباطل .

و امّا لو صالح الاجنبي من قبل نفسه بمال له عن الغير فكذلك عندنا و أمّا عند الشافعية فهو الاظهر أيضاً و عند بعضهم وجهان كما لو قال ابتداء لغيره من غير سبق دعوى و جواب: صالحني من دارك هذه على الف لانه لم يجر مع الاجنبى خصومة فيه و هذه الصورة اولى بالصحة حيث ترتب اثر اللفظ على دعوى و جواب فيكتفى به في استعمال لفظ الصلح .

و اما إذا كان عن الدين فان كان عن الغير فهو ابراء له تبرعاً و على القول بكونه بيعا فهو بيع الشىء بدين الغير و اما ان كان لنفسه فهو بمنزلة ابتياع دين في ذمة الغير هذا إذا كان مع الاقرار و أمّا مع الانكار فان قال الاجنبى " هو منكر و لكنه مبطل في الانكار فصالحني له على عبدى هذا لينقطع الخصومة بينكما صح عندنا و اما على مذهب الشافعية فوجهان اظهرهما على ما قاله الجوينى البطلان لان الصلح على الانكار لا يصح عندهم و الثانى الصحة لان العقد منوط بالمتعاقدين و هما متوافقان و الاعتبار في شرائط العقد بمن يباشره .

هذا إذا كان المدعى عينا فان كان دينا صح " عندنا أيضاً و للشافعية طريقان

احدهما انه على الوجهين واصحهما عندهم القطع بالصحة و الفرق انه لا يمكن تمليك الغير عين مال بغير اذنه و يمكن قضاء الدين عن الغير بغير اذنه و إذا لم يصدق المدعى الاجنبى بل تردد في صدقه و كذبه فهو عندنا لاشبهة في صحته و اما على مذهب الشافعية فكالصلح مع المدعى عليه المنكر فاسد .

و امّا إذا صدق المدعى و كذب المنكر و صالح لنفسه فان كان المدعى به دينا فهو عندهم ابتياع دين في ذمة الغير و ان كان عينا فهو شراء غير الغاصب المغصوب و يتوقف صحتها على التمكن من الانتزاع و عندنا لا اشكال في صحة الصلح مطلقاً .

ولا يخفى انه اذا صالح الاجنبى لنفسه فاما غرضه المعاوضة مطلقاً اوعلى تقدير صدق المدعى والتمليك مجانا على تقدير عدمه كالصلح الاحتياطى الذى اشرنا إليه فان كان غرضه المعاوضة مطلقاً لم يحكم بملكية واحد منهما شيئا من العوضين الى ان ينكشف الواقع من الصحة والفساد و اما اذا كان غرضه التمليك بالعوض على تقدير الاستحقاق و مجانا على تقدير عدمه فهو و ان صح من المدعى عليه مع المدعى على ما عرفت الا انه من الاجنبى مشتمل على التعليق لانه لا يريد المبادلة مطلقاً و الا انتقل البدل الى مالك المدّعى به و ان كان غير المدعى مع ان غرضه تمليك البدل للمدعى خاصة مطلقاً و ابداله من المدعى على تقدير الاستحقاق فتدبر فانه دقيق .

هذه جملة مما وعدناه من الفروع و مما يتفرع على ما مهدناه من جواز الصلح مطلقاً انه لواصطلح الشريكان على ان يكون لاحدهما الربح وعليه الخسران وللآخر راس ماله صح و يدل عليه مضافا الى العمومات خصوص الصحيحة عن الصادق عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا وكان من المال دين وعين فقال احدهما لصاحبه اعطنى راس المال والربح لك و ماتوى فعليك فقال عليه السلام لاباس به اذا اشترطا فاذا كان شرطاً يخالف كتاب الله عزوجل فهو رد الى كتاب الله عزوجل و نحوه الاخر عنه عليه السلام ايضاً الا انه قال وكان من المال دين وعليهما دين وفي ثالث و كان المال دينا ولم يذكر العين ولا عليهما دين و في رابع وكان المال دينا وعيناً .

والمراد بالشرط هو العقد لاالالتزام في ضمن عقد الشركة فانه لكونه عقداً جايزاً

لا اثر له في نفوذ ماتضمنه من الشروط و الشرط في ضمنه كالابتدائی مع انه مخالف للكتاب و السنة على مايظهر مما نبينه في الصلح في ابتداء الشركة انشاء الله تعالى .

و قد يتوهم ان المراد هو الشرط في عقد الشركة و هو بمكان من الوهن لما عرفت مع انه لا قائل به و ايضاً مفهومه حينئذ ثبوت الباس مع وقوعه في غيره ولا يلتزم به احد .

و قد اطلق الشرط على العقد في غير هذا المقام أيضاً كما في الجواب عن السئوال عن اجرة الحجام و في بعض اخبار السكنى و الرقبى كما يطلق على غيره من التوصيف و اعتبار الشيء جزءا واعتبار شيء كيفية للانشاء فالاول كاشتراط البكارة وجعودة الشعر في الامة المعينة و الثانی كاشتراط الحمل في الدابة و الثالث كاشتراط النظارة في الوقف فانه لا معنى للالزام و الالتزام فيه ولماخفی هذا المعنى على بعض الفحول تمسك لنفوذه بالرواية المشهورة مع انه اجنبی عنه .

و بالجملة فالغرض ان الشرط لاينحصرمعناه في الالزام و الالتزام في ضمن العقود بل يطلق على معان اخر منها العقد و لهذا تمسك به بعضهم لاصالة اللزوم في العقود و لما كان هذا العقد صالحاً لان يقع على وجوه بعضها مخالف للكتاب و السنة و بعضها موافق لهما على ما ستعرف انشاءالله تعالى فكان الامام عليه السلام اراد التنبيه على اختصاص نفی الباس عمالايخالفها والله تعالى اعلم و المراد بالربح هو الموجود كما يستفاد من فرض حصوله كما ان المراد بالخسران هو عدم التمكن من استيفاء الدين لاالتلف ولا تنزل القيمة السوقية .

و الى هذا ينظر تقييد جماعة من الاصحاب الحكم بوقوعه عند انتهاء الشركة و ارادة فسخها فان المراد انتهاء زمان العمل و المنع من التجارة فالغرض من هذا الصلح تخصيص احدهما باستحقاق اخذمقداررأس المال من الحاصل اومايحصل اولا واختصاص الاخر بالباقی فينشأ احدهما استحقاق صاحبه اخذ راس ماله اولا مع ان مقتضى الشركة الاشتراك و كون كل من العين بينهما بازاء انشاء الاخر اختصاص الاخر بالربح المشترك بينهما .

هذا هو الموافق للقواعد و هو مورد النصوص و الفتاوى و يمكن ايقاع هذا الصلح على انحاء اُخر ليس شيىء منها موردا لتلك النصوص و الفتاوى و بعضها موافق للقواعد و بعضها مخالف لها .

منها ان يصالح احدهما عن حصته بمافي ذمة الاخر او بعين خارجي فترتفع الشركة من البين وهذا لاشكال في صحته .

ومنها ان يصالح عن حصته المشاعة بالكلى المطابق لراس المال من المال المشترك لاما في الذمة نظير التقبل و حينئذ ترتفع الاشاعة و يتعلق حق المصالح بالمال المختص بصاحبه كتعلق حق من اشترى صاعا من الصبرة بها او نقول يملك منه مقدار راس المال لابمعنى الاشاعة بل على معنى سلطنته على استيفاء راس المال منه بحيث لايكون للاخر التصرف الا فيما عداه و هذا كسابقه و لكنه يفارقه في جهة .

و منها ان يتصالحا في اول الشركة و في الاثناء على اختصاص احدهما باستحقاق راس ماله على الاخر سواء تلف المال او تنزلت قيمته او لم يتمكن من استيفائه او لم يكن شيء من ذالك و استحقاق الآخر مابقى و هذا فاسد من وجوه:

منها ان استحقاق احدهما راس ماله من الاخر وتضمينه اياه مع بقائه على ملكه مخالف للسنة الا ان يقال ان هذا الصلح في قوة الالتزام بدفع ما يرتفع به الخسران من ماله الى صاحبه و هذا لايخالف الكتاب و السنة كما لا يخفى .

و منها اشتماله على التعليق فان هذا التضمين ليس مطلقاً بل علي تقدير التلف و كذا الحال في تنزل القيمة السوقية .

و منها انه مخالف لمقتضى وضع الشركة هذا ما ذكره بعض الاصحاب و فيه نظر سيتضح وجهه انشاء الله تعالى.

و اول من صرح بالتقييد الشهيد قده في الدروس قال لو اصطلح الشريكان عند ارادة الفسخ على ان ياخذ احدهما راس ماله و الاخر الباقي ربح أو توى جاز للرواية الصحيحة و لو جعلا ذالك في ابتداء الشركة فالاقرب المنع لمنافاة موضوعها و الرواية لم تدل عليه انتهى .

و تبعه جامع المقاصد فقال عند قول المصنف و لو اصطلح الشريكان على ان لاحدهما راس ماله و للاخر الربح و الخسران صح : هذا اذا انتهت الشركة و اراد فسخها و كان بعض المال دينا لصحيحة ابى الصباح عن الصادق عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا و كان من المال دين و عين فقال احدهما لصاحبه اعطني راس المال و الربح لك و ما توي فعليك فقال لا باس إذا شرط .

فانظر كيف قيد الحكم بارادة الفسخ وكون بعض المال دينا وقد عرفت ان وجه الاول الاحتراز من وقوعه في ابتداء الشركة المخالف للسنة المشار اليه في الرواية بالاشتراط و ان وجه الثانى جعل المورد قابلا للتوى و ان المراد بالتوى عدم التمكن من استيفاء ذلك البعض الذى هو دين فهو ره بهذا التحقيق اللطيف احسن و اجاد و جاء بما هو فوق المراد .

و تبعه ثانى الشهيدين في الروضة و المسالك قال في الاول عند قول المصنف : ولو اصطلح الشريكان على اخذ احدهما راس المال والباقى للاخر ربح أو خسر صح : عند انقضاء الشركة و ارادة فسخها لتكون الزيادة مع من هى معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء انتهى .

و فيه نظر فان كون الخسران بمنزلة الابراء لا يظهر له معنى لما عرفت من ان الخسران هنا هو عدم التمكن من استيفاء الدين و هو ليس ابراء لاحد الشريكين صاحبه ولا من احدهما للاجنبى بالضرورة ولا بمنزلة الابراء بل انما هو بمنزلة التلف ولو سلم ان المراد بالخسران ما يعم التلف و تنزل القيمة فكذلك .

و بالجملة لا يشبه الخسران الابراء بوجه من الوجوه بل الخسران ايضا بمنزلة الهبة ممن هو عليه بعض رأس ماله لصاحبه كما ان الربح على التقدير الاخر بمنزلة الموهوب من صاحبه له فهذا الصلح بمنزلة الهبة امّا من هذا أو ذاك و يعلم الواهب من الموهوب له بعد انكشاف حال المال بل على ما حققناه من انه ليس الخسران في المقام الا عدم التمكن من استيفاء الدين فالواهب هو من اختص براس المال لان المفروض حصول الربح وعدم تلف شيء من رأس المال فانه مالم يعلم بقاء راس المال لم يعلم حصول

الربح ايضاً فتدبر، و كان مراد الشهيد ره ان من اختص بالخسران كان له لولا الصلح المطالبة ببعض ما في يد صاحبه بمقتضى الشركة فهو بهذا الصلح اسقط هذا الحق فهو بمنزلة الابراء ولايمكن ان يقال انه بمنزلة هبة بعض راس ماله لصاحبه لان رأس ماله هو الدين الذى اختص به مع الزيادة و عدم التمكن من الاستيفاء لا يخرجه عن ملكه فهو مالك لراس ماله و ربحه ربح حصة صاحبه فافهم و اغتنم .

وفي المسالك في هذا المقام هذا اذاكان عند انتهاء الشركة و ارادة فسخها لتكون الزيادة مع من هى معه بمنزلة الهبة و الخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء اما قبله فلا لمنافاته وضع الشركة شرعا و المستند صحيحة ابى الصباح عن الصدق عليه السلام ونقل الرواية المتقدمة .

ثم قال و هذاالخبر مشعر بماشرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لا كما اطلق المصنّف انتهى وقدبينا وجه اشعارالرواية بل دلالتها واماقوله ره لمنافاته وضع الشركة فستعرف ما فيه فظهرالفرق بين وقوع هذا الصلح في الابتداء والاثناء و وقوعه فيالانتهاء و ان هذا من الواضحات المسلمات عندهم .

و من الغريب مافي الجواهرمن ادعاء وضوح عدم الفرق بين وقوع هذا الصلح في الابتداء و في الاثناء و عند الانتهاء و قال و دعوى ان الثابت صحته من النصوص الصلح عما سبق من الربح والخسران لا ما يتجدد يدفعها منع ذالك اولا و وضوح عدم الفرق ثانيا ضرورة انه بالصلح صارت شركة على هذا الوجه سواء بقى المال على هذا الحال ام لا ضرورة انه لوأراد دفع راس المال له بنقد من اعيان مال الشركة و اتفق حصول الربح بذالك لم يكن له الا راس المال الذى وقع عليه الصلح قطعا و ليس ذالك تعدياً عن محل النص الذى هو عند التامل مطلق فان قوله اعطنى كناية عن استحقاق راس المال نعم لايجوزالتعدى الى غير الشركة كالمضاربة ولا الى غير هذه الصورة في الشركة كالصلح على اختصاص الربح باحدهما دون الخسران و نحوه و من ذالك ظهر لك ان المتجه على كل حال الجواز مطلقا كما هو مقتضى اطلاق المتن و غيره من عبارات الاصحاب بل و النص انتهى. و قد ظهر مافيه مما تقدم .

و توضيح المرام ان في هذا الكلام مواقع للنظر منها قوله ره يدفعها منع ذالك فانه لامجال للمنع بعد ماعرفت من القرائن ومن العجب دعوى وضوح عدم الفرق مع ان الفرق بين الصلح على اختصاص احد الشريكين بمقدار راس ماله من الحاصل و اختصاص الاخر بالباقى و بين الصلح على ان يكون الشركة على هذا الوجه وان يكون ما يحصل من ربح ماله لصاحبه و خسرانه من التلف و تنزل القيمة عليه من اوضح الواضحات .

و منها قوله ره ضرورة انه بالصلح صارت شركة على هذا الوجه، وجه النظر ان الصلح عند انتهاء الشركة لايصيّر الشركة متكيفة بكيفية و لايغير كيفيتها التى كانت عليها فصيرورتها على هذا النحو بالصلح في الابتداء و الاثناء محقق للفرق و هو ره جعل ضرورة صيرورتها كذلك بيانا لانتفائه .

و منها قوله ره ضرورة انه لو اراد دفع راس المال الخ وجه النظر ان البطلان على ما قررناه انما هو من جهة جعل الخسران عليه لا الربح له فالفرق انما هو بين الخسرانين لا الربحين مع ان لنا ان نقول ان تمليك الربح المعدوم غير معقول و الحاصل ببيع الثمارقبل وجودها انماهوملك ان يملك و مثل هذا التأثير لم يثبت للصلح مطلقا والالجاز الصلح على الملاقيح والمضامين وماسيرثه من فلان وما يملكه بالاستيهاب او بالتجارة او مطلقا .

ويمكن ان يقال ان الصلح لعموم فائدته يفيد ملك المعدوم حين وجوده فالحاصل به قبل الوجود انما هو ملك ان يملك لا ملك المعدوم المستحيل وانما افتقربيع الثمار الى ما يدل على صحته قبل وجودها لان البيع لم يوضع الالتحصيل المبادلة و الملكية من حينه و الصلح لم يوضع لذالك .

و لهذا صرح الشهيد ره في الدروس بجواز الصلح على الثمرة المعدومة مع انه لا دليل عليه بالخصوص وانما وردت الاخبار بصحة بيعها و ليس هذا مستفادا مماوردفي باب البيع ليقتصر عليه فمقتضى القاعدة جواز الصلح على الملاقيح والمضامين وماسيرثه وغيرها مالم يكن فيه جهة اخرى مورثة للفساد و هذه عبارة الدروس يصح الصلح على الثمرة و

الزرع قبل بدوّ الصلاح وان منعنا بيعهما لاصالة الصلح على الاقوى ويجوز جعلهما عوضا عن الصلح انتهى .

فانظر كيف افتى به من غير استشكال ولا نقل خلاف بل صرح بعدم استفادته مما ورد في باب البيع و ليس الا لكونه منطبقا على القواعد فلا مانع من الالتزام به في غير المسئلة كالموارد المتقدمة بل ظاهر تعليل له باصالة الصلح انحصار وجه البطلان في تبعية الصلح لغيره التي لا يقول بها الا الشافعي و من تبعه و الله العالم .

و كيفكان فان كان المقصود بالصلح تمليك احدهما حصته من صاحبه على ان يستحق كليا يوازي راس المال من مال الشراكة لا في ذمته فحينئذ يختص من انتقل اليه المال بالربح و الخسران والنماء لعدم مشاركته له في الملك نعم ليس له الرجوع اليه لو تلف المال اصلا لانه لا يملك على ذمته شيئاً بالفرض فلو فقد اعيان مال الشركة وحصل الربح بذلك ملكه تبعاً لملكه تمام مال الشركة لا بالصلح المفيد لتمليكه قبل وجوده .

و بالجملة فالصلح انما افاد ملك المال المستتبع لملك المنافع لا ملك المنافع المعدومة و ان كان المقصود بالصلح مجرد استحقاق احدهما اخذ راس ماله مما ينقد اولا واختصاص الاخر بالباقي مع بقاء الشركة بمعنى الاشاعة على حالها فحينئذ ان كان تبديل مال الشركة بالنقد باذن صاحبه و كان الصلح على تسليمه مقدار راس المال من النقد و اختصاص ما يبقى بالاخر مطلقا ففيه الاشكال المتقدم و صحته اول الكلام فانه كالصلح مع الوكيل على ملكية ما يحصل من الربح من بيعه مال موكله له بل هو هو لما عرفت من ان الشريك وكيل حقيقة و ان كان هذا التصرف بغير اذنه و كان المقصود بالصلح مجرد استحقاق الاعيان الموجودة من مال الشركة لم يصح ولم يملك ما حصل من الربح و بالجملة فما استشهد به على بعض التقادير ممنوع و على بعضها لا يدل على ما استشهد له و مما تقدم يظهر ما في بقية كلامه و لا ثمرة مهمة لنا في التعرض له .

و ظهر مما حققنا ما فيما حكي عن المحدث البحراني من تصريحه بظهور النصوص في وقوع الصلح المزبور في اثناء الشركة و ان بقيت مستمرة بل ادعى ظهور اطلاقات العبارات فيه و قد عرفت خلافه و ان النصوص ظاهرة في وقوعه في الانتهاء و عرفت

ايضاً تصريح الجماعة بالتقييد ولو لم يثبت هذا التقييد فالنصوص و الفتاوى مطلقة و تقييدها بالاثناء لا وجه له اصلا ولا قرينة له بوجه .

بقي الكلام في مادعاه في الدروس من منافاة هذا النحو من الصلح في ابتداء الشركة موضوعها و تبعه بعض من تاخر عنه حيث قال انه مناف لمقتضى العقد الذى هو تبعية الربح و الخسارة للمال ، فهو مناف للكتاب و السنة بل عائد عليه بالنقض و ليس هو كاشتراط الخيار في عقد البيع و نحوه المنافي للزوم الذى هو مقتضى الاطلاق لا العقد نفسه الذى لا يقتضى الا الانتقال خاصة و اللزوم من صفاته وكيفياته الخارجية بخلاف عقد الشركة الذى ليس مقتضاه الا ما عرفت فمع اشتراطه لم يبق للشركة معنى بالكلية و يكون بمنزلة العقد للشيء بشرط عدمه و البيع المشترط فيه عدم الانتقال انتهى .

و فيه نظر لان عقد الشركة انما يفيد الاذن في التصرف على سبيل الشياع و تبعيّة الربح و الخسران للمال انما هى من آثار استناد التصرف الى المالك بالمباشرة او بالنيابة واقتضاء الاذن في التصرف على سبيل الشياع ذالك لاينافى ايقاع الصلح المقتضى لاختصاص احدهما بالربح و الخسران فهو كتخصيص احدهما بهما من اول الامر و من المعلوم انه لا تنافي بين الاذن في التصرف على سبيل الشياع واشتراط اختصاص المتصرف بالربح و الخسران .

نعم هو مخالف للكتاب والسنة على مامر لامن جهة منافاته لعقد الشركة الذى ليس الا الاذن في التصرف على نحو خاص و عوده إليه بالنقض فانه لا يقتضى التبعية بل انما هى من آثار الملكية فالربح بمنزلة النماء والخسران بمنزلة التلف ولو سلم فليس علة تامة لها حتى ينافيها الصلح على خلافه بل هو مقتضى اطلاقه لاذاته و مثل هذا لايعد مخالفة .

هذا على ما هو التحقيق في عقد الشركة من أنه لا يفيد إلا الاذن و أن الشركة انما تحصل بالامتزاج و نحوه و اما على ما ذهب اليه بعض الاجلة من ان العقد يفيد الشياع بشرط الامتزاج و انه منه بمنزلة القبض من الوقف فكذالك ايضاً لان الربح و الخسران يتبعان المال سواء كان مختصا او مشتركا و العقد انما افاد الملكية على

الاشاعة لا انه اقتضى التبعية ايضا ومن المعلوم ان كل عقد و شرط يخالف حكما من الاحكام بهذا المعنى فانه ليس مخالفة حقيقة مع ان هذا الذى ذهب اليه خلاف التحقيق بل خلاف ما اتفقوا عليه ولا اظن احداً التزم به قبله .

و توضيح المرام انه ليس في الشرع عقد موضوع لافادة الشركة بمعنى الاشاعة بالاجماع و انما يحصل بالارث و المزج و عقد من العقود الناقلة كاشتراء الاثنين دارا اواستيجارهما اياها او تصالحهما عن حق لهما بشيء و امثالها ، هذا ما يستفاد من كلمات الاصحاب و لكن في الجواهر مالا يوافقها قال بعد كلام طويل فالتحقيق ان يقال حينئذ بعد الاجماع على كونها عقداً ان قول اشتركنا لانشاء تحقيقها و صيرورة كل من المالين بينهما على الاشاعة الا انه يشترط في صحة ذالك تحقق المزج بعده ان لم يكن فهو حينئذ شرط كاشف او ناقل نحو القبض في الوقف او انه جزء السبب ومتى حصل مزج بقصد انشاء الشركة من دون قول تحققت و كانت كالمعاطاة ، اما المزج القهرى والمجرد من قصد ارادة انشاء الشركة فلا يترتب عليه ملك كل منهما الحصة المشاعة في نفس الامر و انما يفيد الاشتباه في كل من اجزاء المال الا ان الشارع حكم ظاهرا بكونه بينهما من الصلح القهرى الذى قد تقدم نظائره .

فالفرق حينئذ بين المزج القهرى والمزج الانشائي هو ماذكرنا فله حينئذ ايقاع عقد الشركة بعد وقوعه كي يتبدل الملك ظاهراً بالملك واقعا بل لوسلم افادة المزج القهرى الملك في الواقع على نحو المزج الاختيارى كما هو ظاهر كلمات الاصحاب امكن ان يقال حينئذ انه لا مانع حينئذ من صيرورته جزء سبب مثلا إذا جيىء به لاتمام عقد الشركة مثلا بل و من صيرورته سببا تاما في ذلك إذا قصد الانشاء به في المعاطاة واتفاق حصول الشركة به قهرا فانه لا تنافي حينئذ بينهما و يكفى في العقد تحققه به لا انه لا تقع الشركة بغيره و بذلك يظهر لك ما في جميع كلماتهم من التشويش و الاضطراب خصوصاً التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الرياض و غيرها التى لا يخفى عليك حالها بعد الاحاطة بما ذكرناه انتهى .

وفيه مواقع للنظر منها قوله ان قول اشتركنا لانشاء تحققها الخ وجه النظر انه خلاف

ما صرح به الاصحاب في مواضع من ذلك الكتاب .

منها تعريفهم لها بانها اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع ولو كان العقد محصلا للاشاعة لكان اللايق تعريفها به كما في البيع و الاجارة و غيرهما من العقود .

و منها حصرهم سبب الشركة في الارث و العقود الناقلة و المزج و الحيازة ولم يقل احد بان عقد الشركة من العقود الموجبة لها بل انما مرادهم منها على ما صرحوا به الابتياع و الاستيهاب و امثالهما على ما صرحوا .

و منها تصريحهم بان صيغتها ما دلت على الاذن في التصرف لا مايدل على تمليك احدهما حصة من ماله بحصة من مال صاحبه حتى انهم استشكلوا في الاكتفاء بقولهما اشتركنا لعدم ظهوره في الاذن مع انه نص في الشركة بمعنى الاشاعة قال في التذكره الركن الثانى الصيغة قد بينا ان الاصل عصمة الاموال على اربابها و حفظها لهم فلا يصح التصرف فيها الا باذنهم و انما يعلم الرضا و الاذن باللفظ الدال عليه فاشترط اللفظ الدال على الاذن في التصرف و التجارة فان اذن كل واحد منهما صريحا فلا خلاف في صحته .

ولو قال كل منهما اشتركنا و اقتصرا عليه مع قصدهما الشركة بذلك فالاقرب الاكتفاء به في تسلطهما على التصرف به من الجانبين لفهم المقصود عرفا وهو اظهر وجهى الشافعية و به قال ابوحنيفة و الثاني انه لا يكفى لقصور اللفظ عن الاذن و احتمل قصد الاخبار عن حصول الشركة في المال من غير الاختيار بان يمتزج المالان بغير رضاهما ولا يلزم من حصول الشركة جواز التصرف انتهى .

فهذه العبارة صريحة في ان عقد الشركة لا يفيد الا الاذن في التجارة عنهم .

و منها انهم قسموا الشركة إلى الاختيارية و الاضطرارية ولم يجعلوا من الاختيارية العقد المفيد لها و هذا يظهر من جميع الفقهاء ره فنقل عباراتهم تطويل لا طائل تحته وقد صرح في التذكرة ايضا بان الشركة انما هى الاشاعة و ان الاذن في التصرف الحاصل بالعقد حكم زائد على مفهوم الشركة قال ره مسئلة: الشركة قد تقع

بالاختيار وقد تقع بالاجبار كما تقدم و كلامنا في الشركة المستندة إلى الاختيار وهى تحصل بمزج المالين بالاختيار من غير لفظ فلو امتزج المالان برضاهما حصلت الشركة الاختيارية وان لم يكن هناك لفظ و اما التصرف و الاذن فيه و المنع عنه فذاك حكم زائد على مفهوم الشركة ولو شرط احدهما على الاخر ان لا يتصرف في نصيبه لم يصح العقد لما فيه من الحجر على المالك في ملكه انتهى .

و من العجب ان هذا الفحيل ره جعل هذا الكلام اعترافا بما اختاره من ان الاذن في التصرف له مدخل في حقيقة الشركة ثم جعل منشاء التشويش كلامه .

قال اما ما في الحدائق من انكار عقد الشركة راسا فهو واضح الفساد بل يمكن دعوى اجماع الخاصة و العامة على خلافه كما ان دعوى كون عقدها ما دل على جواز التصرف من كلٍّ منهما او من احدهما واضح الفساد ايضا ضرورة عدم مدخلية ذلك في الشركة بوجه من الوجوه بل هو داخل فى قسم الوكالة وقد اعترف به في التذكرة قال فيها و نقل العبارة المتقدمة ثم قال و من ذلك وغيره يعلم التشويش في كلامه و كلام غيره ايضا .

و وجه الاستعجاب ان هذا الكلام مناف لكلامه و مبطل لمرامه لا مؤيد له لانه كما عرفت صرح بان ثمرة عقد الشركة انما هى جواز التصرف و من المعلوم ان الاذن في التصرف امر خارج عن حقيقة الشركة التى هى الشياع الحاصل بواحد من الاسباب التى ليس منها عقد الشركة .

و بالجملة فهذا الكلام انما كان نافعا له لو كان العقد مفيدا للشياع وقد عرفت خلافه و ايضا تشويشه لاوجه له الا ما زعمه من افادة العقد للشياع فحينئذ دعوى كون العقد وكالة مع الاعتراف بخروج الاذن عن حقيقة الشركة تناقض ظاهر و لكن قد عرفت توافق كلماته و عدم الاختلاف فيها .

واصرح من هذه العبارة عبارة اخرى في التذكرة ايضا و هى قوله ولو ورثاعروضا او اشترياها فقد ملكاها شايعة و ذلك ابلغ من الخلط بل الخلط انما اكتفى به لافادة الشيوع فاذا انضم اليه الاذن في التصرف صح و تم العقد انتهى فهذه العبارة كما ترى

صريحة في ان انضمام الاذن الى الشياع الحاصل بالميراث والاشتراء موجب لتمامية عقد الشركة و ان الغرض من الخلط تحصيل الشياع .

بل يظهر منه ان الخلط لا يفيد الشياع حقيقة حيث حكم بان الميراث و مثله ابلغ في افادة الشياع فان الشياع لا يختلف بالشدة و الضعف فكون غيره ابلغ منه انما هو باعتبار انّ الحاصل منه انما هو الشياع حكما بخلاف غيره و كيف كان فتغاير الاذن مع الشركة لا يؤيده و اعجب من هذا ادعاؤه وضوح فساد كون عقد الشركة ما دلّ على جواز التصرف مع انه مما صرح به الاساطين والفحول و اتفق عليه الخاصة بل العامة في شركة العنان و سيزداد اتضاحا انشاء الله تعالى .

ثم قال وكان السبب الذى اوقعهم في هذا الوهم هو دعوى حصول الشركة بالمزج القهرى فمع فرض اعتبار الامتزاج في شركة العنان لم يكن معنى لعقدها حينئذ ضرورة حصولها بالمزج المزبور المفيد لذلك مع القهر و عدم القصد به اليها فضلا عما لو قصدت به اختيارا فلم يكن حينئذ معنى لعقدها الا جواز التصرف و خصوصا مع ملاحظة الشركة الاكتسابية التى هى من اقسام التجارة المبنيّة على العمل من الشريكين أو من احدهما التى قد وردت النصوص بها و فيمن ينبغى ان يشارك و ان لا يشارك و غير ذلك من أحكامها .

و لعله لذا اكتفوا في صيغتها بقول اشتركنا باعتبار امتناع ان يراد بانشاء حصولها بدون مزج ولا المزج الذي لا يحصل باللفظ فتعين ان يكون معناه جواز التصرف والا لم يكن له معنى كما صرح بذلك في جامع المقاصد .

الا انه لا يخفى عليك ما في ذلك إذ لا دلالة في قول اشتركنا على الاذن بوجه من الوجوه كما انه لا حاجة في حصول الاذن منهما أو من احدهما الى عقد و ليس من مقدّمات الشركة حصولها ان لم يكن اشتراكهما في المال مع الاذن في العمل لثالث بل يمكن ارادة الشركة من دون عمل اصلا لغرض من الاغراض انتهى .

و فيه ان مثل هذا الوهم عن ساحة هؤلاء الفحول بمراحل و انما عدم التزامهم رضوان الله عليهم مما انفرد به لعدم الدليل لا من العرف ولا من الاخبار بل انما المعلوم

الثابت حصول الشركة الحكمية بالمزج الرافع للامتياز ولا يبعد الالتزام بالشركة الحقيقية فيما لو حصل الامتزاج التام كما في المائين و شبههما فان كل جزء يفرض منه مشتمل على حصة من احدهما و اخرى من آخر، بل في مطلق الامتزاج الرافع للامتياز.

و كيف كان فالشركة لا دليل على حصولها بالعقد ولا وجه له لاعتبار الامتزاج فيه فانه نوع من الصلح مستقل بالتاثير ولا معنى لجوازه مع ان كونهما من العقود الجائزة مما اجمعوا عليه وكان الذي دعاه إلى مخالفة الاصحاب بل اهل العلم كافة ما ذكره من عدم دلالة اشتركنا على الاذن بوجه من الوجوه و دلالته على الاشاعة مطابقة فيعلم من اكتفائهم بهذا القول في صيغة الشركة ان المنشأ به هو الاشاعة و لما راى اجماعهم على عدم كفايته و اعتبار الامتزاج التجأ إلى الالتزام بكونه من قبيل اشتراط القبض في الوقف.

ويدفعه ان الشركة الاختيارية المتحصلة بالمزج بحسب المتعارف انما هي توطئة للاتجار فالمقصود بالذات هو الاشتراك في الربح و الخسران و الاسترباح بالمال على سبيل الاشتراك فالامتزاج انما هو توطئة لهذا الغرض غالبا و هذا لشيوعه صار بحيث يتبادر من الشركة اذن احد الشريكين صاحبه او الاجنبي في التجارة بالمال المشترك لان نفس الشركة في المالين ليس مقصودا بالذات بحسب المتعارف فبطل قوله لا دلالة في قول اشتركنا على الاذن بوجه من الوجوه.

و أمّا قوله لا حاجة في حصول الاذن منهما أو من احدهما ففيه انه ليس الا الوكالة ومن المعلوم ان العامل نائب عن صاحبه وليس هذا مجرد اباحة التصرف بالضرورة بل انما هو استنابة في التصرف مع أنه يبطله ما ابطل به ما حكاه من الحدائق من قيام الاجماع على خلافه و انه واضح الفساد فانه لم ينكر الا عدم افتقار الاذن في التصرف إلى العقد و اللفظ الصريح بل اكتفى بكل ما يدل على الاذن.

و امّا قوله إن يمكن اشتراكهما في المال و الاذن في العمل لثالث ففيه ان معنى الشركة الاذن في العمل و التجارة في المال المشترك مطلقاً سواء كان من كل منهما

للاخر أو من احدهما خاصة لصاحبه أو منهما لثالث و ليس هذا نقضا على احد .

و اما قوله بل يمكن ارادة الشركة من دون عمل اصلا ففيه انه ليس على حسب المتعارف لما عرفت من ان المتعارف ان الغرض من المزج الاتجار و الاشتراك في الربح و الخسران و لهذا يتبادر من قول اشتركنا الاذن في التجارة و اما إذا كان المقصود امرا آخر فلا حاجة إلى الصيغة بل يحصل الغرض بمجرد الامتزاج لكفايته في حصول الاشاعة ولا ينافي هذا دلالة الصيغة على الاذن لكون الشركة الاختيارية بحسب المتعارف توطئة للاتجار .

و مما يدل على ما ذكرنا اتفاقهم على عدم تحققها في الاعيان المختلفة الجنس و انحصار طريقها فيها في المبايعة و نحوها ولو كان عقد الشركة مفيدا للاشاعة لم يكن لذلك وجه و مجرد عدم امكان الخلط الرافع للامتياز لا يوجب ذلك فانه ليس شرطا تعبديا بالضرورة .

و منها عدم اشتراط التساوى مع اتحاد الجنس بالاجماع ولو كانت من عقود المعاوضات لم يجز للرباء .

و منها عدم اشتراط احد علم كلّ منهما بحصته وحصّة صاحبه بان يعرف أنقد مال كلّ واحد منهما مساو لمال الاخر او اقل أو اكثر و هل هو ثلثه أو ربعه او غير ذلك من النسب ولو كانت معاوضة اعتبر فيه للغرر .

ومنها تصريحهم بان الشركة توكيل قال في التذكرة لا يشترط تقدم العقد على الخلط بل لو مزجا المالين ثم اذن كلّ منهما في التصرف و عقد الشركة صحت المشاركة بينهما إلى ان قال لانّ الشركة في الحقيقة توكيل و توكل انتهى .

و فيها ايضا ان الشركة عقد جايز من الطرفين وليست من العقود اللازمة بالاجماع فاذا اشتركا بمزج المالين و اذن كل منهما لصاحبه في التصرف فلكلّ من الشريكين فسخها لان الشركة في الحقيقة توكيل و توكل وصرح به في مواضع اُخر من هذا الكتاب و غيره كغيره اعرضنا عن نقل عباراتهم مخافة التطويل و على هذا فرعوا انفساخها بموت احدهما و جنونه و اغمائه و الحجر عليه للسفه و غيره من الفروع .

و منها استدلالهم على بطلان اشتراط التساوي في الربح مع الاختلاف في المالين و الاختلاف مع التساوي بانتفاء دليل يدل على صحته و بانه اكل مال بالباطل لان الزيادة ليس في مقابلها عوض لان الفرض انها ليست في مقابل العمل ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة ليضم إلى احد العوضين ولا اقتضى تملكها عند هبة و الاسباب المثمرة للملك معدودة وليس هذا أحدها فيكون اشتراطها اشتراط تملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك .

و في الشرائع عبر في هذا المقام عن الشركة بالشرط قال قيل تبطل الشركة اعنى الشرط و التصرف الموقوف عليه و الوجه في هذا التعبير ما ذكرنا من ان العقد لا يؤثر الا الاذن فكانه اعتبار منهما في المزج بمعنى ان المزج ملحوظ بهذا الاعتبار و مشروط بالاذن .

و بالجملة فظهر انه ليس في كلمات الاصحاب رضوان الله عليهم تشويش ولا اضطراب و انه لا اختلاف بينهم في هذا الباب اى عدم افادة العقد للشركة و كونه وكالة وان شئت راجع كلماتهم خصوصا جامع المقاصد فانه مصرح بهذا كراراً والعجب ان صاحب الجواهر ره وافقهم في هذه الفروع التى لا تلائم ما اختاره .

و من مواقع النظر قوله الا ان يشترط في ذلك تحقق المزج الخ وجه النظر يظهر مما مر و توضيحه ان عقد الشركة انما يفيد الشياع لو افاد تعويض حصة من مال احدهما بحصة من مال صاحبه و حينئذ فلا وجه لاعتبار الامتزاج نقلا و كشفا لعدم الدليل على اعتباره بالخصوص و انما اعتبره الاصحاب لافادته الشياع و عدم تاثير العقد الا الاذن في التصرف للاسترباح .

و منها قوله و متى حصل الامتزاج بقصد انشاء الشركة من دون قول تحققت الخ وجه النظر ان افادة المزج مع قصد الاشاعة للاشاعة ممنوعة لعدم الدليل عليه ولا تساعده كلماتهم بل صرح جامع المقاصد بخلافه قال و تنقيح الباب ان المقصود الاصلى بالشركة هو التجارة والاستنماء والاخبار شاهدة بذلك مثل قول امير المؤمنين عليه السلام شاركوا من اقبل عليه الرزق فانه اجلب للرزق وغيره فالاركان المذكورة للشركة المنظور فيها إلى المقصود

السابق و هى الدائرة على ألسنة الفقهاء و يدخلون البحث عنها في جملة البحث عن العقود و يجعلونها من اقسامها و يحكمون بتوارد الصحة و البطلان عليها ولولا ذلك لم يصح شيء من ذلك إذ امتزاج المالين ليس من العقود في شيء ولا يتصور وقوعه الا على وجه واحد فلا يتصور فيه الصحة و البطلان انتهى .

فالمستفاد منه اجماع الفقهاء على انه لايتصور وقوع الامتزاج الاعلىوجه واحد و انه لا يتصور فيه الصحة والفساد والا فلايتم ما أستدل به عليه من ان الشركةالدائرة على السنتهم ليس عبارة عن الامتزاج بل افاد جوازالتصرف كما نص عليه في اول الباب حيث قال و الاحسن ما يقال في تعريفها انها عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع .

فظهران التفصيل بين الامتزاج الاختيارى بقصد انشاء الشركة و غيره و القول بافادة الاول للاشاعة بحسب نفس الامر دون غيره خلاف ما انفقوا عليه و انه مما لا يتصور بل نقول بانه لا يفيد الا الشركة الحكمية للاشتباه و عدم التميز مطلقاكما هو الظاهر الا فيمايتحقق فيه الاختلاط حقيقة بحيث يحصل للمختلط مزاج آخر وحقيقة ثالثة كما هو الحال في كل ما يتركب من العناصر و اما نلتزم بافادة كل امتزاج رافع للامتياز الاشاعة الواقعة الحقيقية كما ادعى انه ظاهر من كلمات الفقهاء .

و من هذا كله يظهر ما في بقية كلامه زاد الله في علو مقامه و الحاصلان القول بافادة عقد الشركة للشياع واشتراطه بالامتزاج لم يذهب اليه احد من الخاصةوالعامة و اتفق أصحابنا على انحصار فائدة العقد فيالاذن في التصرف و حصول الشركةبالاسباب المتقدمة و وافقهم فقيه فقهاء العامة و هو الشافعية و به قال زفر و قال ابوحنيفة ليس من شرط الشركة خلط المالين بل متى اخرجا المالين و ان لم يمزجاه و قالا اشتركنا انعقدت الشركة لان الشركة انما هي عقد على التصرف فلا يكون من شرطها الخلطة كالوكالة و مع ذلك لم يقل بافادتها الشياع كما عرفت من نص كلامه و قال مالكليس من شرط الشركه الخلط و المزج بل من شرطها ان يكون يدهما على المالين أو يد وكيلهما لان ايديهما على المال فصحت الشركة كما لو خلطاه .

و ردّه العلامة ره في التذكرة بانّ الفرق انّ المال بالخلط يصير مشتركا فيوجد فيه الاشتراك بخلاف ما إذا لم يمتزجا وهو ايضا يدلّ على ان العقد لا دخل له في تحقق الشركة و بالجملة فاتفقت كلمة اهل العلم على عدم تاثير عقد الشركة في حصول الشياع و كونه ممحضاً في افادة الرخصة و الاذن .

إذا عرفت مهية الشركة و تحقيق القول فيها ظهر لك انّ عقد الشركة لا يقتضى تبعية الربح و الخسران للمال و كونهما على حسب رأس المال و انما هى من احكام المال فالصلح على خلافها ليس مخالفا لمقتضى وضع الشركة نعم يخرج الشركه عما هو المتعارف من كون الربح و الخسران على حسب رأس المال و هذا يمنع من اطلاق الشركة العرفية عليه لا بطلان الصلح مع انه ايضاً في محلّ المنع فظهر ما في كلام الشهيد قده في الدروس من تعليل المنع من الصلح على اختصاص احد الشريكين بالربح والخسران بمنافاته موضوع الشركة .

اللهم الا ان يقال انّ مراده منافاته لوضع الشركة بمعنى الاشاعة حقيقة أوحكما فان الاشتراك في المال يقتضى الاشتراك في الربح و الخسران على حسبه و الصلح لا يصلح للمنع من هذا الاقتضاء اما لقصور ادلته عن افادة ذلك او لقيام الاجماع على خلافه فتأمل .

و مما يتفرع على ما مهدناه من جواز الصلح مطلقا انه يجوز مع علم المصطلحين بما وقع الصلح به و عليه و مع جهلهما بهما مطلقا سواء كان في مقام الابراء والحطيطة او في مقام المعاوضة و التجارة و سواء امكن الاستعلام ام تعذر و سواء في ذلك العلم التفصيلى او الاجمالى .

هذا على ما هو التحقيق و لكن المسئلة لا تخلو عن اشكال و كلام الاصحاب لا يخلو عن الاضطراب فمن الحري بسط الكلام في هذا المقام بالنقض و الابرام و التعرض لكلمات الاعلام ليتضح به المرام فاقول متوكلا على الملك العلام و متوسّلا بائمة الانام عليهم السلام .

انّ الغرر على ثلثة اقسام مجازفة و مخاطرة و ابهام واما الاخير فيشترط انتفاؤه في جميع الانشاءات من العقود و الايقاعات فان الحق و الملك بل جميع الاعراض و ان

كانت اعتبارية لابد لها من محل معين في الواقع و البدلية و التخيير انما يتصوران في التكليفيات دون الوضعيات فان تردد العرض بين الامرين و الامور ليس ثبوتا له في شيء لصحة سلبه عن كل منهما و عدم ثبوته للكلى الجامع بينهما و الا لم يختص بهما لعدم اختصاص معروضه و هو الطبيعة بهما و مفهوم احدهما ليس كليا صادقا على كل منهما بل هو جزئى مردد و التردد بين الامور غير الصدق عليها و قد تقرر في محله ان النكرة جزئى لا كلى .

و بالجملة ليس مفهوم احدهما كليا حتى لا ينافى سلب العرض من كل منهما ثبوته له بل معنى ثبوت العرض لكل منهما على البدل عدم ثبوته لواحد منهما لان المفروض صحة سلبه عن كل منهما بالخصوص فكونه لواحد من الامرين مع عدم ثبوته لشيء منهما بالخصوص تناقض و بعبارة اخرى ان كان لشيء من التشخصين دخل في ثبوت العرض فلا معنى لعدم اختصاصه بما يتشخص به و تردده بينه و بين الاخر و ان لم يكن مدخل للتشخصين فلا معنى لتردده بين الامرين لان العارض يتبع المعروض .

فاذا كان المعروض و هو الطبيعة السارية في جميع الافراد عاما استحال اختصاص عارضه ببعض الافراد و لاجامع بين الشخصين ليكون هو المعروض و الالزم التسلسل لافتقار امتياز كل من الشخصين حينئذ عن الاخر الى تشخص و هذان التشخصان أيضاً لا بدلهما مما يتشخصان و هكذا الى غير النهاية .

و ببيان آخر موضوع العرض اما هو الكلى او الجزئى فان كان الاول لم يكن للتردد مجال بل لم يختص بالامرين او الامور و عم جميع الافراد و المفروض خلافه و ان كان ثابتاً للفرد من حيث هو بمعنى مدخلية التشخص في الثبوت فاما ان يختص تشخص من التشخصات بهذا التأثير اولا فعلى الاول يستحيل ثبوته لغير ما يتشخص بذالك التشخص و هو احد الافراد بالخصوص و على الثانى وجب ثبوته لكل ما شارك هذا الفرد في كفاية تشخصه في العروض و الاتصاف .

فظهر ان ثبوت الشيء لامرين اوامور على البدل مستحيل بل غير معقول و على هذا يتفرع بطلان بيع أحد العبدين و عتقه و نكاح احدى المرئتين و طلاقها .

ان قلت ما الفرق بين الوضعيات و الاحكام التكليفية حيث يتعقل الابهام و البدلية في الثانية دون الاولى كما في الواجب الكفائى و التخييرى فان التكليف على الاول متوجه الى كل من الاشخاص على البدل و على الثانى تعلق بكل من الامرين او الامور كذالك و لهذا يسقط باتيان احدهما على الاول و الاتيان بواحد منهما على الثانى مع ان هذه قاعدة عقلية لا يتخصص .

قلت ان ما ذكر ليس من الابهام و التردد في موضوع العرض فان المكلف كل واحد من الاشخاص على التحقيق و المكلف به ايضا كل واحد من الامور غاية الامر سقوط التكليف بفعل البعض لحصول المصلحة فما ذكر لايشبه المقام فان المستحيل انما هو التردد والابهام .

ان قلت ان لنا ان نقول ايضاً ان كلا من العبدين ملك للمشترى على البدل و كل منهما ملك للبايع كذالك و كل من الرقبتين حرعلى البدل ورق كذالك و كل من المرئتين منقطعة عنها علاقة الزوجية و باقية عليها كذلك و على هذا القياس .

قلت كون الشيء مملوكا و عدم كونه مملوكا لشخص واحد في زمان واحد تناقض بخلاف كون كل من الاشخاص مكلفا بحيث يسقط عنه بامتثال الاخر او كونه واجبا بحيث يرتفع عنه الوجوب بالاتيان بالاخر لسقوط المصلحة و ارتفاع العلة فان كلامن الشخصين ليس مكلفا و غير مكلف و كذالك كل من الامور ليس واجبا و غير واجب و ليس لك ان تقول ان كلامن العبدين خارج عن ملك البايع و لكن يعود احدهما الى ملكه بعد اختيار المشترى الاخر او ان كليهما باق على ملك البايع لكنه يخرج باختيار المشترى او بشيء آخر احدهما عن ملكه .

ان قلت ان الزكوة تتعلق بالعين من غير تعيين فحق الفقراء تتعلق ببعض العين الزكوية من غير تعيين البعض المملوك لهم وكذا الدية المرددة بين الامور الستة والوصية باحد العبدين و ملك الوارث بعض التركة من غير تعيين وملك الولد الاكبر الحبوة المرددة بين الامور عند التعدد و زوجية الاربعة المبهمة المرددة التى اسلم عليها الكافر فانه يتخير من شاء .

بل تعلق الانشاء بالمبهم ايضا ليس بعزيز بل وقع في موارد منها عتق بعض العبد كالنصف و الثلث مع عدم التعيين فان الشيخ والاكثر ذهبوا إلى صحته استناداً إلى اصالة عدم الاشتراط و وجود المقتضى للصحة و هو صيغة العتق الصادرة من اهلها و عدم ظهور المانع إذ ليس الا كونه مبهما و هو لا يصلح للمانعية لان الابهام واقع في الشرع كثيرا.

قال في المسالك بعد ماحكى هذا القول و قيل يشترط التعيين لان الحكم المعين لابدله من محل معين و هوممنوع و قد تقدم البحث فيه في الطلاق و الوجه فيهما واحد غير ان عدم اشتراط التعيين هنا اشهر وهناك بالعكس ولا وجه له إلا مراعاة الاحتياط في الفروج وبناء العتق على التغليب انتهى.

وفي كتاب الطلاق منه اختلف الاصحاب في ان تعيين المطلقة بالنية هل هو شرط في صحة الطلاق اولا ؟ فذهب جماعة منهم المرتضى و المفيد و ابن ادريس و الشيخ في احد قوليه و المصنف في احدهما و العلامة في احدهما و الشهيد في احدهما و جماعة اخرى الى اشتراطه اما لفظا كقوله فلانة باسمها المميز لها عن غيرها او بالاشارة اليها الرافعة للاشتراك اوبذكر الزوجة حيث لازوجة غيرهااو بنيّته كقوله زوجتي وله زوجتان ونوى واحدة معينة فلولم يعين لفظا ولاقصدا بطل لاصالة بقاء النكاح فلايزول الا بسبب معلوم السببية لان الطلاق امر معين فلا بدلها من محل معين و حيث لامحل فلاطلاق .

وقال الشيخ ره في المبسوط لايشترط واختاره المصنف هنا والعلامة ره في أكثر كتبه و الشهيد ره في الشرح لاصالة عدم الاشتراط و عموم مشروعية الطلاق ومحل المبهم جاز ان يكون مبهمافكماان كل واحدة بخصوصها زوجته فاحداهما ايضاً زوجته فيصح طلاقها للعموم انتهى .

و من الانشاءات المتعلقة بالمبهم المردد الطلاق كما عرفت و منها الوصية فانها ايضاً تتعلق بالمبهم قولا واحداً كما لو اوصى بعتق واحد من عبيده او ثلثهم مثلا بل البيع ايضا عند جماعة وكذا بيع صاع من الصبرة المرددة بين الصيعان وغيرها من الحقوق المتعلقة بالامور المبهمة في الواقع و الاملاك المرددة المبهمة .

قلت لانسلم كون ما ذكر و غيرها على خلاف ما حققناه و ان كان يتراءى كذلك

اما الزكوة فليست ملكا للفقراء مطلقاً و لا ينافيه تعلقها بالعين على ما هو التحقيق لانه اما من قبيل تعلق حق الرهان بالعين المرهونة و اما من قبيل تعلق الارش برقبة الجاني و اما على نحو آخر على ما حققه شيخنا العلامة في باب الزكوة .

و بالجملة فليس الفقير شريكا مع المالك و الا لم يختص المالك بنماء النصاب مع ان نسبة الزكوة الى الفقراء و سبيل الله و سائر المصارف سواء و لامعنى لكونها ملكا لسبيل الله مثلا و ايضا الواجب في نُصب الابل الخمسة ليس من الجنس . مع ان التحقيق ان الزكوة فيها ايضا متعلقة بالعين لا بالذمة ، نعم احتمل الشهيد رحمه الله في البيان فيها التعلق بالذمة نظراً إلى ذالك و هو مختار الشافعى في القديم مطلقاً مع كون العين مرهونة وايضا جواز التصرف فيماعدا مقدار الزكوة من النصاب مطلقاً لا يلايم الشركة و الاشاعة ولا اظن احدا يلتزم بالمنع فتامل و لوسلم كون الزكوة قبل الدفع والقبض مملوكا للفقراء فانما هو على سبيل الاشاعة لا الابهام .

ان قلت ان النقض يتم على تقدير التعلق بالعين مطلقاً و لايختص بالقول بالملكية لان العرض لايمكن ابهام موضوعه مطلقا على ماقرر .

قلت نعم ولكن تعلق الحق بالنصاب كتعلق الملك ايضاً بمعنى كون البعض المشاع متعلقا للحق لا المبهم فتدبر او نقول ان تعلق الحق بالنصاب ليس الاالتكليف بالدفع من العين اصالة و من غيرها بدلاعنها فان الامر الانتزاعى عين ما انتزع منه في الخارج و انما يغايره في الذهن فتعلق الزكوة بالنصاب ليس إلا كتعلق الوجوب بواحد من الامرين او الامور في الواجب التخييرى ومن الاشخاص في الكفائى فمعنى تعلق الزكوة ببعض المال على البدل وجوب دفعه كذالك فليس في الخارج إلاعرض واحد قائم بالامر ينتزع باعتبار تعلقه بكل من المكلف و المكلف به صفة لهما فتدبّر .

ان قلت ان هذا انما يتم على القول بتعلقها بالعين فلا نسلم انه ليس في المقام الا وجوب دفع البعض بل لابد من اعتبار امر آخر معه حتى يفترق عن القول بتعلقها بالذمة .

قلت يمكن الفرق بان المطلوب على الاول انما هو دفع المقدار المخصوص من

المال مطلقاً غاية الامر ان العينى مرهونة لا تنفك إلا بالعزل او الدفع فالمدفوع عين الزكوة مطلقاً و ان كان من غير النصاب و اما على الثانى فالمطلوب اولا انما هو الدفع من العين و الشارع انما جوز دفعه بدلا عنها ارفاقا و لهذا يسقط بتلفه بعد التعلق و قبل التمكن و اما على الاول فلا وجه لسقوطه بل الوجه على ذالك التقدير البقاء كما اختاره احمد من العامة و لهذا بعينه يفسخ البيع في مقدار الزكوة اذا امتنع من ادائها او عجز مع جواز البيع .

و قد صرح العلامة ره في التذكرة بذالك حيث قال يجوز اخراج القيمة في الزكوة عن النقدين و الغلات عند علمائنا اجمع و اختلفوا في المواشى فجوزه الاكثر ايضاً و منع منه المفيد إلا مع عدم الفريضة و الوجه الجواز مطلقاً على ان القيمة بدل لا على انها اصل في نفسها انتهى .

ان قلت ان هذا لايتم في نصب الابل فان الواجب اولا فيها الدفع من غير الجنس قلت لانسلم تعلق الزكوة فيها بالعين و قد عرفت من البيان احتمال تعلقها فيها بالذمة نعم لهاتعلق بالعين من حيث سقوطها بتلفها واتباع الساعى اياها مع الامتناع من التعلق.

و بالجملة التعلق بالعين او الذمة امر اعتبارى ينتزع من الاحكام الثابتة من الشرع والمستفاد من الادلة ان للزكوة تعلقا ما بالعين يشبه تعلق الارش برقبة الجانى .

و مما حققناه يظهر لك الجواب عن سائر موارد النقض فان الدية ليست ملكا لولى المقتول متعلقا بعين خارجى ولادينا منه في ذمة القاتل وانما لولى المقتول استحقاق الاخذ من القاتل كالزكوة فانها ليست دينا في ذمة المالك حتى على القول بتعلقها بالذمة و لهذا لايسقط بابراء الفقير مالك النصاب من الزكوة كاستحقاق الارش .

و من هذا القبيل ضمان الايدى المتعاقبة في الغصب فانانحكم بضمانها اجمع مع ان المديون انما هو الذى تلف المال عنده و غيره انما يجب عليه الاداء و لوبالآخذ منه سابقا ولاحقا فانه لامعنى لاشتغال ذمة كل منهم بالبدل ولا واحد غير معين فالمغصوب منه لايستحق على ذمة هؤلاء شيئا مع انه يستحق المطالبة منهم و الزامهم بالبدل .

و كذا ملك صاحب القناة حريمها انما هو بمعنى سلطنته على منع الغير من

احدائها فيه و كذا ملك اهل القرية مرافقها و محتطبها انما هو بمعنى سلطنتهم على الانتفاع بها و منع الغير منه لا غير ذالك من وجوه السلطنة و كذا ملك المترددين للشارع الخاص ليس بالمعنى المعهود للملك بحيث لوشاركهم الصغير لم يكن لهم التصرف فيه الا بصلح و نحوه .

و من هذا القبيل ملك الموقوف عليهم الوقف الخاص فانه بمعنى تعينه للمصرف المخصوص فهو ليس ملكا حقيقيا لاحد لخروجه عن ملك الواقف و عدم دخوله في ملك الموقوف عليهم و بهذا يفترق الوقف عن الحبس المؤبد فانه ملك للحابس و النماء يعود اليه بخلاف الوقف و لهذالايعود إليه بانقراض الموقوف عليه على التحقيق .

فظهر معنى ملك الهبة و الميراث و امثالهما .

و اما الصاع من الصبرة فالمبيع انما هو الصاع الكلى المتعين الاداء من الصبرة فلايملك المشترى بالعقد شيئاً من الصبرة بل هى باقية على ملك البايع و انما له المطالبة بالاداء منها ولا يجب على البايع الاداء من غيرها كما ليس للمشترى اسقاطه لانه ليس حقاً خارجا عن المبيع بل قيد له مقوم اياه و لما كان المقام من مزال الاقدام فلا باس ببسط الكلام و ان كان الاليق به غير هذا المقام .

فاقول مستمدا بالائمة عليهم السلام ان بيع الصاع من الصبرة يتصور على اقسام الاول ان يريد الاشاعة فيتبع الجزء المشاع فالصاع من صبرة يكون خمسة اصوع عبارة عن خمسها و لا اشكال في الصحة مع العلم بعدد الصيعان و اما مع الجهل فالظاهر الصحة ايضا لان الكسر مقدر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته الى المجموع و استقرب العلامة في التذكرة البطلان حينئذ و فيه ما عرفت .

هذا فيما تساوت اجزاؤه و ان احتلف الاجزاء فالظاهر انه ايضاً كذالك خلافا للعلامة في التذكرة وارفاقا للشهيد ره في الدروس كمالو باع اذرعا من الارض مع الجهل بالمساحة اذا كان المبيع اذرعا معلومة و يكون المبيع من حصة مشاعة مقدرة بالعشرة اذرع مثلا و الجهل بنسبتها إلى المجموع حال العقد غير قادح بعد الضبط بالاذرع فيندرج في كل جزء من الثبوت على حسب نسبة العشرة الى المجموع واختلاف الاجزاء

و تساويها لادخل لها في معرفة المبيع و جهالته فاذا صح بيع الصاع من الصبرة منز لا على ملاحظة حصة من الصبرة مشاعة تعلم بنسبة الصاع إلى المجموع ولايقدح جهالتها حال العقد فكذالك المقام .

نعم يشكل في بيع عبدمن عبدين اوشاة من شاتين بقصد الاشاعة لاحتمال الاشاعة هنا وجوها فانها اما ان يملك النصف من كل منهما أو الثلث من احدهما و الثلثين من الاخر أو ثلثة ارباع من احدهما و ربعاً من الاخر او خمسين من احدهما و ثلثة اخماس من الاخر و هكذا فيبطل مع عدم التعيين و بهذا يفترق عن الذراع من الارض.

و لعله لهذا حكم العلامة ره في التذكره ببطلان الاول دون الثانى حيث قال و الاقرب انه لوقصد الاشاعة في عبد من عبدين او في عشرة او في شاة من شاتين او فى عشرة بطل بخلاف قصد الاشاعة في الذراع من الارض انتهى .

و قال شيخنا المرتضى ره بعد حكاية ما في التذكرة و لم يعلم وجه الفرق إلامنع ظهور المكسر المشاع من لفظ العبد او الشاةانتهى .

و فيه ان عدم الظهور في المكسر المشاع لوسلم لايوجب البطلان فان صراحة العبارة في جميع خصوصيات الانشاء غير معتبرة قطعا و انما يعتبر صراحتها في اصل الانشاء و هو البيع و انما الوجه ما حققته فافهم و اغتنم .

الثانى ان يريد ببيع البعض المردد بين ما يصدق عليه الصاع من الصيعان كما لو فرق الصيعان و باع واحدا منها مبهما و هذا فيما اختلفت المصاديق في القيمة لا اشكال في كونه غررا مبطلا و اما فيما تساوت في القيمة كما في مانحن فيه فالتحقيق فيه ايضاً هو الابطال و هو المشهور بين الاصحاب و ظاهر البعض الاجماع و قد حققنا آنفا ان تعلق الغرض بالمبهم الواقعى غير معقول .

و استدل بوجوه اُخر لاتخلو عن شيىء منها ان بيع المجهول باطل لاشتراط العلم ورد بمنع المقدمتين لان الواحد على سبيل البدل غيرمجهول اذلاتعين له فيالواقع حتى يجهل و المنع من بيع المجهول ولو لم يلزم غرر غير مسلم .

و فيه ان منع صدق الجهل استنادا إلى عدم ما يصلح للعلم اشبه شيىء بالمناقشة

في العبارة فان المناط عدم التعيين عند المتعاملين سواء كان في الواقع متعينا اولا بل لا يبعد ان يقال ان الثاني اولى بالفساد .

الثاني ان الابهام في البيع مبطل لا من حيث الجهالة ورد بمنع الكبرى و فيه ما عرفت من ثبوتها بالدليل القطعي .

و منها انه مستلزم للغرر ورد بمنعه مع فرض اتفاق الافراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة ولذا يجوز الاسلاف في كل من هذه الافراد مع ان الانضباط في السلم آكد و ايضا فقد جوزوا بيع الصاع الكلي من الصبرة ولا فرق بينهما من حيث الغرر قطعا و فيه ماسيجيء انشاء الله تعالى من عدم انفكاك هذا النوع من الجهالة عن الغرر و الفرق بينه و بين الكلي و بالجملة فالدليل على المنع الاجماع المنقول المستفاد من كلام جماعة بل الظاهر تحققه و الغرر على ماسيجيء انشاء الله تعالى استحالة قيام العرض بالمبهم .

و لقد عثرت بعد ما بدا لي هذا المنهج على استدلال بعض الاصحاب بهذا الدليل ايضا و قرره بان الملك صفة وجودية محتاج إلى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج واحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لانه امر غير معين من امرين معينين و مرجعه إلى ما مرمنا في تقرير الاستدلال .

و بالجملة فبطلان البيع المبهم مما لا ينبغي ان يرتاب فيه احد و لكن شيخنا المرتضى قده حكى هذه الوجوه مناقشة و ارتضاها و منع البطلان لعدم الدليل عليه و قد مرّت المناقشات في غير الدليل العقلي مع مافيها .

و اما المناقشة فيه فبمنع احتياج صفة الملك إلى موجود خارجي فان الكلي المبيع سلما او حالا مملوك للمشترى و لاوجود لفرد منه في الخارج بصفة كونه مملوكا للمشترى فالوجه ان الملكية امر اعتباري يعتبره العرف و الشرع او احدهما في موارده و ليست صفة وجودية متاصلة كالحموضة و السواد و لذا صرحوا بصحة الوصية باحد الشيئين بل احد الشخصين و نحوهما هكذا نقله الشيخ رحمه الله .

ثم قال فالانصاف كما اعترف به جماعة اولهم المحقق الاردبيلي عدم دليل معتبر

علي المنع قال في شرح الارشاد على ما حكى عنه بعد ان حكى عن الاصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من اى الطرفين قال و فيه تامل اذلم يقم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم فانهما اذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من اى طرف اراد المشترى او من اى جانب كان من الارض فما المانع بعد العلم بذالك انتهى فالدليل هو الاجماع لو ثبت و قد عرفت من غير واحد نسبته الى الاصحاب .

قال بعض الاساطين في شرحه على القواعد بعد حكم المصنف بصحة بيع الذراع من الثوب و الارض الراجع إلى بيع المكسر المشاع قال و ان قصدامعينا أوكليا لا على وجه الاشاعة بطل لحصول الغرر بالابهام في الاوّل وكونه بيع المعدوم واختلاف الاغراض في الثانى غالبا فيلحق به النادر و الاجماع المنقول فيه إلى ان قال .

و الظاهر بعدامعان النظر و نهاية التتبع انّ الغرر الشرعى لا يستلزم العرفى و بالعكس و ارتفاع الجهالة في الخصوصية قد لا يثمر مع حصولها في أصل المهية ولعل الدائرة في الشرع اضيق و ان كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين و فهم الاصحاب لأنّهم أدرى بمذاق الشارع انتهى ، ولقد أجاد حيث التجأ إلى فهم الاصحاب فيما يخالف العمومات انتهى كلامه و فيه مواقع للنظر منها منعه احتياج صفة الملك إلى موجود خارجي استناداً إلى ان الكلى المبيع مملوك للمشترى مع عدم وجود فرد منه في الخارج بصفة كونه مملوكا للمشترى .

وجه النظر ماعرفت من استحالة قيام العرض بالمبهم و اما ملك الكلى فهو ليس كملك الفرد بل أنما هو صفة مقدرة تتبع استحقاق المطالبة و معنى ملك الفرد السلطنة على وجوه التقلب و انواع التصرفات فالملك في الاوّل يتعلق بالذمة و في الثانى بالفرد و لا ابهام في الذمة و لو ابهمت و لم يتعين بطل البيع ايضاً .

وبالجملة فملك الكلى ليس عبارة عن السلطنة على وجوه التقلب وانواع التصرف بل انما هو استحقاق الاخذ و المطالبة فهو على ما صرحوا به صفة مقدرة في الذمة فموضوعه الذمة لا العين الخارجية .

ان قلت ان هذا انما يتم في الكلى المستقر في الذمة و اما الكلى الخارجى كالصاع

من الصبرة على المختار فيه فلا فانه لايملك المشترى في ذمة البايع شيئا مع ان المبيع كلى متعين الاداء .

قلت لانسلم عدم تعلق الملك بالذمة غاية الامر تعين الاداء من الصبرة لابان يكون حقاً في حق بل على سبيل التقييد و بعبارة اخرى لافرق بينه و بين الكلى المطلق الا بانحصار هذا الكلى في افراد معينة دون غيره و هذا معنى كون المملوك كليا خارجيا و الا فلامعنى للكلى الخارجى و لعله يزيد توضيحا في مقام ابطال قول من يرجح الاشاعة و ينكر الكلية .

و منها قوله والوجه ان الملكية امر اعتبارى الخ وجه النظر أن اقتضاء العرض تعين الموضوع ليس لكونه متاصلا بل هذا مقتضى الاتصاف مطلقا فان الملك له منشاء انتزاع في الخارج و معنى كونه اعتباريا انه ليس بحذائه شيىء لا انه اعتبارى صرف فالخارج ظرف لاتصافه و الذهن لعروضه و بهذا يفترق عن المتاصل كالطعوم و الالوان فان الخارج ظرف لعروضها و اتصافها جميعاً فحيث كان الاتصاف في الخارج افتقر إلى تعين مايتصف به في الخارج .

و ببيان آخر ان ثبوت شيء لشيء لا يتعقل مع ابهام المثبت له سواء كان هذا الثبوت مفادا لهل البسيطة كقولنا زيد موجود أو المركبة كقولنا زيد كاتب او شاعر و سواء كان الخارج ظرفا للعروض او الاتصاف بل نقول لابد من تعين موضوع الاعتبارى المحض في الذهن ايضاً للاشتراك في العلة .

و الحاصل ان ابهام الموضوع مستحيل بل غير معقول مطلقا بالضرورة الاترى ان قولك بان هذا الموضوع متصف بواحد من الكلية و الجزئية من غير تعيين بل على البدلية مما تضحك منه الثكلى كقولك هذا اوذاك متصف بالملكية مع ان الكلية و الجزئية من المعقولات الثانية بخلاف الملك فتدبر .

و منها قوله و لذا صرحوا بصحة الوصية اه وجه النظر يعلم مما مر فان الوصية التمليكية باحد الشيئين ولاحد الشخصين باطل قطعا ، والعهدية انما تصح لعدم تاثيرها شيئا بالفعل و انما اثر استحقاق التمليك و التملك .

و منها قوله فالانصاف كما اعترف به جماعة اولهم المحقق الاردبيلي قده الخ وجه النظر ان الانصاف كما عرفت البطلان ولا اظن احدا يلتزم بصحته او يتامل فيه و اما ما حكاه عن المقدس الاردبيلي ره فلا ينافي ما قلناه فان بيع ذراع من الكرباس من اي طرف اراد المشترى او من اي جانب اراد من الارض ليس من بيع الفردالمردد بل انما هو بيع الكلي المتعين الاداء نظير الصاع من الصبرة.

ومنهاقوله والدليل هوالاجماع لوثبت الخ وجه النظران الاصحاب لم يعثرواعلى دليل خاص خفى علينا في هذه المسئلة بالخصوص وليس هذا الحكم من الاسرارالمودعة عندهم المرموزة فيما بينهم بل تنادى كلماتهم بكون الحكم للضوابط العامة المفروغ عنها بين الخاصة و العامة.

و منها استشهاده بكلام الشيخ الاعظم في شرح القواعد فان التمسك بالاجماع و فهم الاصحاب انما هو للثاني و هو بيع الذراع الكلى حيث لا يتحقق فيه الغرر و اختلاف الاغراض احياناً فان الالحاق لا دليل عليه الافهم الاصحاب و اتفاقهم و اما الاول و هو المبهم فقد حكم بكونه غررا مطلقاً و بيعا للمعدوم و مرجع قولهم انه بيع المعدوم ما حققناه من الدليل العقلى فتدبر.

و مما ذكرنا يظهر مافي كلام الفاضل النراقى ره حيث قال في عوائده عائدة الملكية والمالكية صفتان رابطتان وجوديتان نفس الامريتان فلايمكن ثبوتهما الا لموضوع محقق فان ثبتا واقعا يكفى ثبوت الموضوع في الواقع ولايلزم فيه الوجود الخارجي كما اذا قال الشارع الخمر نجس و لم يكن حين التكلم خمر موجود في الخارج او العنب حلال ولم يكن العنب موجوداً حينئذ فان المراد اثبات الحرمة و الحلية واقعا لهاتين المهيتين الواقعيتين.

و مرجعه إلى الحكم بانه لو وجد هذا الموضوع في الخارج لوجدت فيه تلك الصفة، فالمتحقق قبل وجود الموضوع في الخارج هو هذا الحكم الشرطى و محل هذا الحكم هو الموجود الذهنى فحكم عليه بانه لووجد في الخارج لوجدت معه هذه الصفة خارجا و بعد وجوده يوجد فيه الصفة لاجل جعل الشارع ايجاد هذا الحكم الشرطي

لهذا الموجود الذهني على النحو المقرر ، والشرائط المعلومة علة و سبب لتحقق هذا الحكم الخارجي بعد وجود الموضوع فيه .

و هذا هو المراد من الثبوت الواقعي للحكم بل موضوعه و ليس مبنيا على ثبوت المعدومات و ان وجدت الصفة في الخارج فلابد من وجود الموضوع خارجا ايضا لامتناع قيام الموجود بالمعدوم و يجب على التقديرين تعيين الموضوع وامتيازه عن غيره لامتناع قيام الصفة المعينة الواقعية او الخارجية بغير المعين اذ غير المعين لاثبوت له ولا وجود لا خارجا ولا ذهنا الى ان قال بعد كلام طويل .

و التوضيح انه كما عرفت لابد للملكية من موضوع و هو لابد و ان يكون امرا واقعيا يمكن تحققه في الخارج وكما ان الاعيان الخارجية و الجزئيات الحقيقية امور موجودة متاصلة متحققة فكذا الكليات لا بمعنى انها موجودة خارجا بوصف الكلية بل على نحو وجود الكليات كما بيناه في شرح تجريد الاصول و غيره فان كل احد من العوام و الخواص يعلم ان بين افراد الانسان مميزات يميز بعضها عن بعض وقدرمشترك بينها ليس بين فرد منها و بين افراد الفرس و البقر وصار ذالك الجامع سببا لحكم كل احد بمناسبة وتوافق و تطابق بين تلك الافراد و ليس بينها وبين افراد سائرالحيوانات .

و لا شك ان هذا القدر المشترك امر موجود اذيعلم كل احد ان بين تلك الافراد امرا وجوديا مميزاً كلا منها عن فرد موضوع آخر ويعلم انه مركب من هذا القدرالمشترك و من المميز ولا يتركب الوجود من الموجود والمعدوم إلى ان قال .

هذا كلّه إذا قلنا بوجود الكلي الطبيعي كما هو الحق المقطوع به كما اشرنا إليه ولو ابيت عنه و قلت بعدم وجوده فلك ان تقول انا نقطع بعدم ثبوت الملكية لغير ما يمكن تحققه فلا يحكم بتحققها الا للجزئيات الحقيقية .

نعم لما ثبت بالاجماع و الاخبار في باب السلم و بيع الصبرة و الغصب و امثالهما بثبوتها فيما يقال انه كلي فيقتصر في هذا الحكم على المتيقن ولم يعلم جواز تعلقها بمثل احد هذين الشيئين انتهى .

و فيه مواقع للنظر منها قوله و مرجعه إلى الحكم بانه لو وجد هذا الموضوع

في الخارج الخ وجه النظر ان تصحيح القضايا الحملية بارجاعها إلى الشرطية مما لا يلتزم به اهل الفن فان القضايا الحملية لم يشترط في صدقها احد وجود موضوعاتها في الخارج حتى إذا كان المحمول من الاعراض المتاصلة .

و تحقيق المقام انّ القضية الفرعية الضرورية و هي انّ ثبوت الشيء للشيء فرع ثبوت المثبت له يقتضى ثبوت الموضوع في ظرف ثبوت المحمول له و من المعلوم انّ الاحكام الشرعية ليست من المعقولات الثانية ليكتفى بوجود موضوعاتها في الذهن كما انّها ليست قضايا تعليقية بالضرورة لئلا يعتبر وجود موضوعاتها اصلا فان قولنا الخمر حرام معناه ثبوت هذا الحكم للخمر بمجرّد الانشاء و ان لم يوجد في الخارج بالضرورة والا لم يكن للوجوب والاستحباب معنى محصل لانهما قبل وجود موضوعهما يستحيل ثبوتهما لتوقفهما على الموضوع لانه علة مادية لهما و تقدم المعلول على العلة في معنى تقدمه على نفسه و بعد وجود الموضوع يسقط الطلب لاستحالة ايجاد الموجود و طلب الحاصل .

و بالجملة فالوجوب و الندب لا يمكن تحققهما الا قبل وجود موضوعيهما في الخارج فلا يمكن ان يقال ان معنى وجوب الصلوة وجوبها بعد تحققها كما التزم في الحرمة و من المعلوم انّ الاحكام ثبوتها لموضوعاتها على نسق واحد فكما انّ معنى قولنا الصلوة واجبة أو مندوبة انها مع قطع النظر عن وجودها كذلك فكذا قولنا الخمر حرام غاية الامر سقوط طلب الفعل بتحقق الموضوع دون طلب الترك بل نقول لا فرق بينهما من هذه الحيثية ايضاً فانّ متعلق الطلب على التحقيق هو الفعل والترك فموضوع التحريم ليس هو الخمر بل انما هو الشرب و بعد تحقق تركه يسقط الطلب بالنسبة إلى الترك المتحقق غاية الامر انه متوجه إلى ترك آخر يغايره باعتبار الزمان أو المتعلق أو غيرهما .

و كيف ما كان فلا معنى لكون الوجوب و الاستحباب بل الحرمة والكراهة و الاباحة متوقفة على ثبوت موضوعاتها في الخارج ضرورة عدم توجه الخطاب بالنسبة إلى ما وقع من الفعل أو الترك و الذي يظهر من جملة من الاساطين تصحيح مثل هذا القضايا

بوجود موضوعاتها في الذهن و لكنه ليس على ما ينبغي أيضاً لان ثبوت الشيء للشيء فرع ثبوت المثبت له في ظرف ثبوت الثابت لا مطلقا و من المعلوم ان الاحكام الشرعية ثابتة لموضوعاتها في الخارج لا في الذهن .

و اللائق ببسط الكلام غير هذا المقام ولي في تحقيق هذا المرام مسلك آخر اشير إليه على سبيل الايجاز و هو ان* قيام الطلب بالامر في الخارج منشأ لانتزاع اعراض لموضوعات متعددة فاذا أراد الله تعالى بالارادة التشريعية* الحتمية الصلوة من العباد انتزع عرض للصلوة فاتصفت بالمطلوبية و آخر للمكلّف و آخر لمكان الصلوة وعلى هذا القياس فلم يثبت في الخارج الاعرض واحد لموضوع واحد وهوالارادة للامر ، وموضوعه متحقق في الخارج و اما المطلوب كالصلوة و المطلوب منه فلم يثبت لهما شيء بل انما انتزع باعتبار قيام هذا العرض بذات الامر و وصف الوجوب و المكلفية لهما ، والأمر الانتزاعى انما يتوقف على ثبوت منشاء الانتزاع لاالمعروض فحينئذ نقول الصلوةواجبة في الخارج قبل وجودها بل بشرط عدم وجودها بمعنى ان ارادة فعلها قائمة بالامر في الخارج .

و هذا التحقيق مما الهمنى الله تعالى و لم اراحدا تنبه له والحمدلله تعالى فانه يرتفع به كثير من الشبهات .

ومنهاقوله هذاكله اذا قلنابوجود الكلى الطبيعى الخ وجه النظران ملك الكلى كما عرفت عبارةعن صفة مقدرة ومتعلقها الذمة ولايتوقف على وجود الكلى في الخارج.

بل نقول ان القول بوجود الكلى في الخارج لاينفع في تصحيح ملك الكلى فان احدا من الفقهاء لم يشترط في بيع السلم وجود المسلم فيه حال البيع فالمشترى يملك الكلى حال عدمه بالاتفاق فالقول بوجود الكلى الطبيعي اجنبى عن المقام بل نقول اذا كان المسلم فيه موجودا حال العقد فالمملوك ليس هوالكلى الموجود بل انما هو الكلى الذى سيوجد بعد الاجل .

بل نقول ان المملوك في بيع الكلى ليس هو الكلى الموجود حتى اذا كان البيع حالا فانه ربما لايملك البايع شيئامن الافراد لينتقل إلى المشترى بالبيع مع انه لوكان

مالكا ايضا لم ينتقل إلى المشترى شيء منها بالضرورة و الاشارك المشترى البايع في ما يملكه من الافراد مع ان المبيع هو الكلى اللابشرط ولايلتزم به فقيه .

و منها قوله نعم لما ثبت بالاجماع الخ وجه النظر ان مقتضى ما حققه سابقاً استحالة تحقق العرض بدون الموضوع فلا معنى لقيام الاجماع على ثبوت الملكية في الكلى على القول بعدم وجود الكلى في الخارج .

ومن الغريب اقتصاره في هذاالحكم المخالف للدليل العقلى القطعى على مورده مع ان هذا شأن الاحكام المخالفة للاصول و القواعد لا الاحكام المخالفة للادلة العقلية القطعية فانها ممايقطع بفسادها ولايمكن الالتزام بها حتى فيمواردها ومما ذكرنايظهر مافي بقية كلامه ره فان فيه مواقع للنظر اعرضت عنها مخافة التطويل .

الثالث من وجوه الصاع من الصبرة و نحوه ان يكون المبيع الحقيقة الكلية المنحصرة مصاديقها في الصبرة و نحوها و الفرق بينه و بين السابق واضح فان الكلي لا ابهام فيه بخلاف الفرد المنتشر و بالجملة فالخصوصية الشخصية ملغاة في هذا القسم الا ان دائرة الكلي مضيقة .

و الفرق بينه و بين الاشاعة من وجوه منهاان اختيارالتعيين على هذا بيدالبايع لعدم استحقاق المشترى الا الطبيعة غاية الامر سلطنته على الالزام بالدفع من الافراد المخصوصة و عن الفاضل القمى ره في مواضع عديدة من اجوبة مسائله ان التعيين بيد المشترى وضعفه ظاهر و اما على الاشاعة فيتوقف التعيين على التراضى منهما .

و منها انه لو تلف من الجملة ولم يبق الا ما يوازى حق المشترى تعين حقه فيه فان كلا من الابعاض و ان كان صالحا لتعيين حق المشتري فيه الاانه خرج عن القابلية بالتلف و تعين الباقى .

و منها ان للبايع جميع انواع التصرف حتىمع منع المشتري الا ما اوجب تلف ما يوازي حقه .

و منها انه لو كان للجملة نماء اختص به البايع ولم يشاركه المشتري على حسب نصيبه .

هذا مجمل الكلام في هذا المقام و التفصيل موكول إلى محله و لجامع المقاصد هنا كلام اتبرك بذكره تشييداً للمرام قال قوله ولو قال بعتك صاعا من هذه الصيعان مما يماثل اجزائها صح* ولو فرق الصيعان وقال بعتك احدهما لم يصح والفرق بين الصورتين ان المبيع في الثانية واحد من الصيعان المميزة المتشخصة غير معين فيكون بيعه مشتملا على الغرر و في الاول المبيع امر كلي غير متشخص ولا يتميز بنفسه و يقوم بكل* واحد من صيعان الصبرة و يؤخذ به و مثله ما لو قسم الارباع و باع ربعا منها من غير تعيين ولو باع ربعا قبل القسمة صح* و نزل على واحد منها مشاعا لانه حينئذ امر كلي.

فان قلت المبيع في الاولى ايضا امر كلي قلنا ليس كذلك بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخصة مبهم فهو بحسب صورة العبارة يشبه الامر الكلي و بحسب الواقع جزئي غير متعين ولا معلوم و المقتضى لهذا المعنى هو تفريق الصيعان و جعل كل واحد برأسه فصار اطلاق احدهما منزلا على شخص منهما غير معلوم فصار كبيع احد الشياة واحد العبيد ولو انه قال بعتك صاعا من هذه شايعا في جملتها لحكمنا بالصحة انتهى.

و تدل* على ظهور بيع الصاع من الصبرة في القسم الاخير بعد مساعدة العرف صحيحة يزيد بن معاوية عن ابيعبدالله عليه السلام في رجل اشترى عشرة آلاف طن قصب في انبار بعضه على بعض من اجمة واحدة و الانبارفيه ثلثون الف طن فقال البايع قدبعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشترى قد قبلت و اشتريت و رضيت فاعطاه من ثمنه الفا و وكل المشتري من يقبضه فاصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون الف طن و بقي عشرة آلاف طن فقال عليه السلام العشرة آلاف طن التى بقيت هى للمشتري و العشرون التى احترقت من مال البايع.

دلت الرواية على ظهور العبارة في بيع الكلى حيث حكم ببقاء المبيع بعد الاحتراق.

و مما ذكرنا يظهرما في ما عن فخر المحققين قده في الايضاح في ترجيح التنزيل على الاشاعة من انه لو لم يكن مشاعا لكان غير معين فلا يكون معلوم العين و هوالغرر الذى يدل النهى عنه على الفساد اجماعا و ان احدهما بعينه لووقع البيع عليه ترجيح

من غير مرجح و لا بعينه هو المبهم و ابهام المبيع مبطل انتهى فان هذا انما يتم فيما لو دار الامر بين التنزيل على الابهام و الاشاعة فيرجح الثانى بما ذكر و قد عرفت ان الظاهر هو الكلى على ما قررنا .

و كذا ما في الجواهر من ترجيح التنزيل على الاشاعة استنادا إلى ما ذكر وغيره مما لايخفى و منه قال ره انما الكلام في انه هل ينزل على الاشاعة في الصورتين او يكون المبيع ذالك المقدار في الجملة إلى ان قال و يرجح الاول عدم معهودية ملك الكلى في غير الذمة لاعلى وجه الاشاعة بل ينحل إلى جهالة المبيع و ابهامه و ما تسمعه في بيع الثمار من ان استثناء البايع ارطالا معلومة ينزل على الاشاعة من غير خلاف فيه بينهم: قالوا فلو خاست الثمرة بامر من الله تعالى مثلا وزع على النسبة وهو مثل المقام كما اعترف به في الدروس لكن في الصحيح و ذكر الرواية وقال وهو يؤيد الثانى و به يفرق بين ما هنا وبين ما في بيع الثمار الا انه قد يشكل صحة اصل البيع فيه بجهالة عين المبيع فيه الموجبة للضرر المنفى الموجب لفساد المعاملة .

و صرح الاصحاب فيما لو باع شاة غير معلومة من قطيع بالبطلان و ان علم عدد ما اشتمل عليه من الشياة و تساوت اثمانها بل صرحوا بالبطلان فيما لو فرقت الصبرة صيعانا متمايزه و اشترى مقداراً منها فالاطنان ان كانت قيمية فمن الاول والا فمن الثانى اللهم الاان يلتزم الاخير ويكون البيع غير ملاحظ فيه خصوص ذلك التميز وانما المراد مقداره حتى لو اراد البايع تعيين الاطنان من غير نقصان للمقدار كان له ذالك لان الغرض ان الجميع من اجمة واحدة فيصح حينئذ لانه يبيع المقدار المعلوم من الصبرة .

و لكن على كل حال فالمتجه الجمود على النص في خصوص البيع بالفرض المذكور و لا يتعدى منه إلى غيره كالصلح و ثمن الاجارة و مهر النكاح و نحو ذالك بناء على ما سمعت من ان الملك الكلى في العين الخارجية لايكون الا على الاشاعة و فرض المسئلة بكون المبيع في الذمة و شرط التادية عن الصبرة خروج عن موضوع البحث و مقتضاه عدم البطلان حتى لو تلف الصبرة اجمع و ان تسلط على الخيار بانعدام الشرط .

بقى شيء و هو ان منشاء الوجهين على الظاهر الاختلاف في تعيين مراد المتعاملين

من العبارة التى هى مورد العقد لا ان ذالك حكم شرعى و ان لم يقصداه فيخرج عن محل" البحث ما صرح فيه بقصد الاشاعة او الكلى الا انه قد يشكل صحة الثاني بناء على عدم ملك الكلى في غير الذمة لا على وجه الاشاعة .

و خبر الاطنان لا دليل فيه على صحته بل هو اعم منه و من الاشاعة و ان كان قد خولف مقتضاها بجعل التالف عن البايع خاصة فيكون حكما شرعيا تعبديالايقاس عليه غيره بل قد يقال ان هذا المعنى حكم مطلق ببيع الصاع من الصبرة اما لوصرح به فلا دليل على جوازه .

وقد يحتمل في اصل المسئلة ان منشاء الوجهين الاختلاف فيما يقتضيه الادلة الشرعية في بيع مطلق الصاع من الصبرة من غير مدخلية لتعرف قصد المتعاملين بل لو علم خلوهما عن الامرين معا جاء الوجهان ايضا ولم يحكم بفساد المعاملة فتأمل جدا فان التحقيق التنزيل على الاشاعة ضرورة كونه كالمالين المختلطين او كالمال الذى اشترى ابعاضه انتهى .

و فيه مواقع للنظر تعرف مما مر لا باس ان اشير اليها على الاجمال منها قوله ره و يرجح الاول الخ وجه النظر ان ملك الكلى لا على وجه الاشاعة في غير الذمة واقع كثيرا شايع جدا فان ولى المسلمين إذا اشترى الرقاب للتحرير من الزكوة لم يجب عليه الدفع الا من الزكوة ولا يملك البايع شخصاً خارجيا من الزكوة بل ربما لا يوجد من الزكوة عند المشترى من جنس الثمن بل مطلقا .

و كذا إذا اشترى متولى الاوقاف من حاصل العين الموقوفة شيئا بالثمن الكلى و كذا الحال في ما يشتريه الوصى" من الثلث بالثمن الكلى فان المملوك في هذه الموارد هو الكلى مع تعين الاداء من جهة بعينها كما في الصاع من الصبرة و ايضا ان كان المراد بالمعهودية المعهودية في العرف فهوشايع في العرف واقع كثيرا و ان كان المراد المعهودية في الشرع فلو سلم عدمها لم يقدح لأن" المرجع في مثله العرف لا الشرع .

و منها قوله قده بل ينحل إلى جهالة المبيع و ابهامه وجه النظر ما مر من ان الكلي لا ابهام فيه ولا فرق بين الكلى المطلق و الكلى المقيد من هذه الجهة فكما ان

الكلي إذا كان في الذمة كما في السلم لا ابهام فيه فكذا في الكلي المتعين الاداء من افرادبعينها، فان تعين الاداء لا يوجب الابهام و هو في نفسه ايضا ليس مبهما بالضرورة .

و منها قوله ره و ما تسمعه في بيع الثمار الخ وجه النظر وجود الفارق بين المقامين فلا مجال للقياس و لما كان الفرق مما استصعبه اقوام وقد خفى على الفحول و الاعلام فلا باس باشباع الكلام بالنقض و الابرام و ان كان اللايق بهذا المرام غير هذا المقام .

فاقول مستمداً من محال المشية عليهم السلام انهم اتفقوا على تنزيل استثناء الارطال المعلومة من ثمرة الشجرة على الاشاعة حيث حكموا بانه لو خاست الثمرة بامر من الله تعالى سقط من المستثنى بحسابه ولا يلائم هذا الحكم الا الاشاعة و اختلفوا في بيع الصاع من الصبرة فالمشهور انه منزل على الكلي واختاره الشيخ و الشهيدان و جماعة على ما حكى المحقق الثاني بل لم يعرف من جزم بالاشاعة في هذه المسئلة فاستشكل الشهيد ره الفرق بينهما في الدروس حيث قال وقد يفهم من هذا التوزيع اى توزيع التالف من الثمرة على المستثنى تنزيل شراء صاع من الصبرة على الاشاعة وقد تقدمما يرجح عدمه ففيه سؤال الفرق انتهى .

و ذكروا في بيان الفرق وجوها منها ان الفارق انما هو النص والا فمقتضى ظاهر العبارة التنزيل على الاشاعة في الصاع من الصبرة ايضاً و فيه ان التعبد بتنزيل كلام المتكلم على خلاف ما يفهم عرفا خلاف المعهود من طريقة الشارع بل لا يبعد القطع بخلوه عن الحكمة بل مخالفته لها و قبحه و من المعلوم استحالة القبح عليه .

و بالجملة فكما انه لو علم من المنشىء ارادة الاشاعة كان ترتب آثار الكلية و الزامه بهاقبيحاً بالضرورة فكذا مع استظهارها من عبارته وهل هذا الا كالتعبد بكون اثر بيع الدار بينونة الزوجة دون خروج الدار من ملك صاحبها بالعوض و بالعكس نعم فرق بين المقامين الا ان التنظير لتوضيح القبح هذا مع استظهار الخلاف من العبارة اما مع الاجمال فيمكن التعبد ببعض ما تحتمله العبارة لحكمة كما في بعض مسائل الوصية .

و بالجملة فان دلت الرواية على حمل العبارة على خلاف ما يظهر منها تعبدا فهي كما عرفت وان التزم باجمال العبارة وتساوى الاحتمالين بالنسبة اليها فيتجه حينئذ سؤال الفرق بين بيع صاع من الصبرة و استثناء الارطال المعلومة فان الاستثناء حينئذ ايضا مجمل لعدم الفرق فما وجه الفرق بالاتفاق على الاشاعة هنا مع ان مقتضى القاعدة الحكم بالاجمال و التعبد بالرواية ثمة بل نقول ان الرواية لو افادت حكما تعبديا صرفاً وجب الاقتصار على موردها و هو الاطنان بل إذا كانت على المقدار المخصوص و كان التالف بالمقدار المخصوص بالاحتراق خاصة و العمل في غير موردها بالضوابط العامة .

و منها ان الفارق هو الاجماع على الاشاعة في استثناء الارطال و الا لكان للخلاف أيضا فيه مجال و فيه ان التعبد في مثل المقام في غاية البعد مع انا نعلم من طريقة الاصحاب انهم لم يستندوا في هذا الحكم إلى مدرك خاص بل انما استندوا فيه إلى ما تقتضيه الضوابط العامة .

و منها انه يجب على البايع القبض في بيع صاع من الصبرة دون الاستثناء فان المشترى لا يجب عليه اقباض الارطال للبايع ولا يتوقف عليه لزوم البيع بخلاف الصاع من الصبرة فان البيع لا يتم الا بعد الاقباض .

و فيه مع ان القبض واجب في مسئلة الاستثناء ايضا ان وجوب القبض يتوقف على كون المبيع كليّا لا مشاعا فلو توقف كونه كليا على وجوب القبض لزم الدور و بالجمله فوجوب القبض لا يوجب نفى الاشاعة .

وعن مفتاح الكرامة ما يقرب منه و هو ان التلف من الصبرة قبل القبض فيلزم على البايع تسليم المبيع منها ان بقى قدره فلا ينقص المبيع لاجله بخلاف الاستثناء فان التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشترى امانة على الاشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما و لذا لم يحكم بضمان المشترى هنا بخلاف البايع هناك انتهى .

و فيه ان الحكم بكون التلف من البايع الذي هو في معنى الانفساخ لا يوجب تعين حق المشترى في الباقي ووجوب دفعه اليه على البايع بل انما يجب عليه دفع ثمنه اليه بالنسبة إلى التلف للانفساخ هذا .

و اورد عليه ايضا بانه ان اريد كون التلف في مسئلة الاستثناء بعد القبض انه بعد قبض المشترى ففيه انه موجب لخروج البايع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري ولا كلام فيه و انما الاشكال في الفرق بين المشتري في مسئلة الصاع و البايع في مسئلة الاستثناء حيث ان كلا منهما يستحق مقدارا من المجموع لم يقبضه مستحقه فكيف يحسب نقص التالف على احدهما دون الاخر مع اشتراكهما في عدم قبضه الكلي و ان اريد من كون التلف بعد القبض ان الكلي الذى يستحقه البايع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك فاذا دفع الكلي إلى المشترى فقد دفع مالامشتركا فهو نظير ما إذا دفع البايع مجموع الصبرة إلى المشترى فالاشتراك كان قبل القبض .

ففيه ان الاشكال بحاله اذ يبقى سئوال الفرق بين قولك له بعتك صاعا من هذه الصبرة و بين قوله بعتك هذه الصبرة او هذه الثمرة الاصاعا منها وما الموجب للاشتراك في الثانى دون الاول مع كون مقتضى الكلى عدم تعين فرد منه او جزء منه للمالك الا بعد اقباض مالك الكل الذى هو المشترك في مسئلة الاستثناء فان كون الكل بيد البائع المالك للكلى لا يوجب الاشتراك فتدبر .

و تحقيق المقام ان الفرق بين المقامين ان المبيع في مسئلة بيع الصاع انما هو الكلى المنحصر افراده في صيعان الصبرة فلاشركه في الصبرة بين البايع و المشترى و انما للمشترى حق الاستيفاء منها بخلاف مسئلة الاستثناء فان المبيع انما هو الثمرة المشخصة و المستثنى منها لايمكن ان يكون إلا جزء منها و جزء الشخص لايمكن ان يكون كليا الا اذا كان جزء عقليا و هو غير ما نحن فيه فان المستثنى انما هو الرطل لاالجنس والفصل و هذا سر حساب التالف عليهما في هذه المسئلة دون مسئلة بيع الصاع فعلى هذا لايجوز للمشترى التصرف بغير إذن البايع كالعكس الامع الشرط .

و اما ما تعارف في بلادنا هذه و هى المشاهد المشرفة وماوالاها من المراطلة فليس من هذه المسئلة في شيء لان الظاهر من المعمول من هذه الازمنة انما هو اشتراط العطاء فهو التزام من المشترى باعطاء البايع مقدار وزنة او غيرها من ثمرة البستان فلايجرى عليه حكم الشركة فافهم و اغتنم فان هذا التحقيق قد خفى على هؤلاء الفحول فذهب

كلٌ منهم إلى صوب وقد عرفت ما في كلٌ ما تكلفوا لبيان الفرق .

و من هذا يظهر ما في ما افاده شيخنا المرتضى حيث قال متصديا لدفع الاشكال و يمكن ان يقال ان بناء المشهور في مسئلة استثناء الارطال ان كان على عدم الاشاعة قبل التلف واختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود كما ينبىء عنه فتوى جماعة منهم بانه لو كان تلف البعض بتفريط المشترى كان حصة البايع في الباقى و يؤيده استمرار السيرة في صورة استثناء ارطال معلومة من الثمرة على استقلال المشترى في التصرف و عدم المعاملة مع البايع معاملة الشركاء .

فالمسئلتان مشتركتان في التنزيل على الكلى و لافرق بينهما الا في بعض ثمرات التنزيل على الكلى و هو حساب التالف عليهما ولا يحضرنى وجه واضح لهذا الفرق الادعوى ان المتبادر من الكلى المستثنى هو الكل الشايع فيما يسلم للمشتري لامطلق الموجود وقت البيع وان كان بنائهم على الاشاعة من اول الامر امكن ان يكون الوجه في ذالك ان المستثنى كما يكون ظاهرا في الكلى كذالك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل الى المشترى بالبيع كليا بمعنى انه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع فمعنى بعتك هذه الصبرة الاصاعا منها بعتك الكلى الخارجى الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلى كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلى فالموجود مشترك بينهما لان نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على نهج سواء فتخصيص احدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبته اليهما على السواء فيحسب عليهما و هذا بخلاف ما اذا كان المبيع كليا فان مال البايع ليس ملحوظا بعنوان كلى في قولنا بعتك صاعا من هذه الصبرة اذ لم يقع موضوع الحكم في هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصاع .

فان قلت ان مال البايع بعد بيع الصاع ليس جزئيا حقيقيا متشخصا في الخارج فيكون كليا كنفس الصاع .

قلت نعم ولكن ملكية البايع له ليس بعنوان كلى حتى يبقى ما بقى ذالك العنوان فيكون الباقى بعد تلف البعض صادقا على هذا العنوان و على عنوان الصاع على نهج سواء ليلزم من تخصيصه باحدهما الترجيح من غير مرجح فيجىء الاشتراك فاذا لم يبق

الا صاع كان الموجود مصداقا لعنوان ملك المشترى فيحكم بكونه مالكا له و لايزاحمه بقاء عنوان ملك البايع فتامل انتهى .

و فيه مواقع للنظر منهاقوله ينبىء عنه فتوى جماعة الخ و وجهه ان التفريطفي المشترك يوجب الضمان قطعا فهذه الفتوى من الجماعة لا تنافى الشركة و الاشاعة بل التفصيل بين كون التلف بتفريط المشترى و بين كونه من قبل الله تعالى و الحكم بكون التالف منهما على الثاني و اختصاص المشترى به على الاول ينادي بالاشاعة نعم لا وجه لتعين الحق في الباقى بل الباقى ايضا باق على ما كان من الاشاعة غاية الامر ضمان المشترى ما اتلفه بالتفريط من حصة البايع ولا يتعين ادائه من الباقى خاصة .

و منها قوله ويؤيده استمرار السيرة الخ وجهه ما عرفت من ان استمرار السيرة انما هو لان المراطلة المعهودة انما هى بمعنى اشتراط اعطاء الارطال و ليس هذا من استثناء الارطال من الثمرة الشخصية المفيد للاشاعة .

و منها قوله فالمسئلتان مشتركتان في التنزيل على الكلى الخ وجه النظر ان جعل الشارع توقف جواز تصرف المالك في المشترك على اذن شريكه ليس مما لا يقبل التخصيص فلو سلم ما ذكر فيما فرضناه من الاستثناء لدليل كالسيرة لم يكن منافياً للشركة .

و منها قوله الا دعوى ان المتبادر من الكلي المستثنى الخ وجه النظر ان كون المبيع الكلى الشايع فيمالم يسلم للمشترى لا مطلق الموجود وقت البيع يؤكد اختصاص المشترى بالتالف لان المفروض ان المبيع انما هو الكلى الشايع فيما يسلم و التالف ليس مما يسلم فليس من افراد المبيع بالضرورة مع انه لو كان من افراد المبيع لم يكن تلفه الا من المشتري ايضا كما في الصاع من الصبرة فانه على تقدير كون المبيع كلياً يحسب التالف على المشترى مع انه من افراد المبيع .

و بالجمله فكون الشيء فردا للكلى المملوك لا يقتضى كون تلفه من المالك فكيف إذا لم يكن من افراده بل مناقضا له فما وجه بهكون التلف منهما يقتضى خلافه و هو من مثله في غاية الغرابة .

مع ان استثناء الكلي لا يكاد يظهر له معنى محصل لان المبيع ان كان شخصا خارجيا فليس الكلى داخلا فيه حتى يستثنى فانك إذا بعت ثمرة نخلة بعينهافاستثناء رطل كلى منها ان كان مطلقا فلم يكن داخلافى المبيع حتى يستثنى لان المبيع جزئى حقيقى بالفرض و ان كان كليا متعين الاداء منها فلا وجه للاستثناء ايضا لان الثمرة باجمعها ملك للمشترى بالفرض بلا استثناء و تعين اداء رطل منها للبايع لا ينافى ذلك كما في الصاع من الصبرة فلا معنى للاستثناء و بالجملة فالاستثناء انما يتم في الجزء من المجموع المركب و الجزئى من الكلى واما استثناء الكلى من الجزئى فلامحصل له .

و منها قوله ره ان المستثنى كما يكون ظاهرا في الكلى الخ وجه النظر انّ المستثنى ليس ظاهرا في الكلى بل لا يحتمله لان المفروض انّ المبيع جزئي و استثناء الكلى من الجزئى لا معنى له ولو سلم فكون عنوان المبيع كليا خلاف الفرض فانّ المفروض في كلمات الفقهاء فى هذه المسئلة بيع الثمرة الشخصية لا الكلى الثابت في الذمة .

و منها قوله قلت نعم و لكن ملكية البايع الخ وجه النظر ان ملك البايع بعد بيع الصاع تمام الصبرة قطعا لان المفروض انّ المبيع كلى غاية الامر تعين ادائه من الصبرة فلا يخرج بالبيع من الصبرة من ملك البايع بل على الاشاعة ايضا ليس مال البايع كليا بل المملوك لكلّ من البايع و المشترى انّما هو الشخص على الاشاعة فتدبر .

و بالجملة فتسليم كون ملك البايع بعد بيع الصاع كليا مع ان المفروض اختياره الكلية في تلك المسئلة و البحث عن الفرق بين المسئلتين على هذا التقدير في غاية الغرابة .

☆ ☆ ☆

و بالجملة لا يتعقل الابهام في متعلق الانشاءات بل الاملاك و الحقوق مطلقا و لهذا لا ينعقد الاستيجار باجرتين على تقديرين .

ان قلت ان مقتضى ما ذكرت بطلان الجعالة ايضاً مع الابهام مع ان الظاهر انه

لا كلام في صحة قولنا ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان مثلا جعالة وقد صرح به الاصحاب معللين بان الجعالة تتحمل من الجهالة ما لا تتحمله الاجارة لعموم ادلتها .

قلت ان الجهالة على قسمين قسم تؤل إلى العلم كالمسئلة المفروضة و قسم ليس كذلك كقولك ان خطت ثوبى فلك اما عبدى و اما دارى و اما درهم و اما دينار مثلا و المغتفر في الجعالة انما هو القسم الاول دون الثاني و وجه اغتفاره فيها ان الجعالة لا تحصل بها ملك عين ولا منفعة و لااستحقاق حتى يحتاج إلى متعلق معين بخلاف الاجارة نعم يقتضى استحقاق العامل بعد العمل الجعل فلا بد من كونها بحيث تؤل إلى العلم بعد العمل لحصول الاستحقاق حينئذ وقد عرفت انه لابد له من محل معين وقد صرحوا بذلك حيث فصلوا في الجعالة بين مالا تمنع الجهالة من تسليمه و ما تمنع فحكموا باغتفارها في الاول دون الثاني و مرادهم من امكان التسليم على ما نصوا عليه كونه متعينا في حد ذاته غير قابل للاختلاف و التعدد .

و بالجملة فلاشبهة في عدم اغتفار الغرر الابهامي في الصلح كما يرشد اليه كلماتهم في مسائل التنازع هذا إذا كان الابهام بحسب الواقع و نفس الامر و اما إذا كان متعينا في الواقع مجهولا لواحد من المتعاقدين فهل يغتفر في الصلح هذا النوع من الابهام أو هو كسائر العقود المبتنية على المكايسة كالبيع و الاجارة لايغتفر فيه الجهل لكونه غررا ام يفصل بين ما يمكن فيه الاستعلام و ما لا يمكن ذلك حال العقد أو مطلقا أو يلتزم بغير هذه الوجوه اشكال .

و توضيح الحال يتوقف على تمهيد مقال يبين منه معنى الغرر مع ما فيه من الاقوال فمن الجوهري في الصحاح ماعبارته بعد حذف الرواية هذا الغرور مكاسر الجلد الواحد غر بالفتح و منه قولهم طويت الثوب على غره اى على كسره الاول والغرة بالضم بياض في الجبهة فوق الدرهم و رجل اغراى شريف و فلان غرة قومه اى سيدهم و غرة كل شيء اوله و اكرمه و الغرر ثلاث ليال من اول الشهر و الغرة العبد أو الامة ورجل غر بالكسر و غريراى غير مجرب وقد غريغر بالكسر غرارة و الاسم الغرة وعيش غرير

اذا كان لا يفزع اهله و الغرة الغفلة و الغار الغافل و اغره اي اتاه على غرة منه و اغتر بالشيء اى خدع به و الغرر الخطر .

و نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر و هو مثل بيع السمك في الماء و الطير في الهواء ، ابن السكيت الغرور الشيطان و منه قوله تعالى ولا يغرنكم بالله الغرور و الغرور ايضا ما يتغرغر به من الادوية قال و الغرور بالضم ما اغتر به من متاع الدنيا و الغرار النوم القليل و لبث فلان غرار شهر اى مكث مقدار شهر و الغرار نقصان لبن الناقة .

ثم ذكر معانى كثيرة للغرار بكسر المعجمة و قال و غره يغره غرورا خدعه يقال ماغرك بفلان اى كيف اجترئت عليه وغر الطائر ايضا فرخه يغره غرارا اى زقه و التغرير حمل النفس على الغرر و قد غرر بنفسه تغريرا و تغرة كما يقال جلل تجليلا و تجلة و يقال ايضا غررت ثنيتا الغلام اى طلعت اول ما تطلع الاصمعى يقال غارت الناقة تغار غرارا قل لبنها ابو زيد غارت السوق تفارت غراراً كسدت و الغرغره تردد الروح في الحلق انتهى .

و قال في القاموس غره غرا و غرورا و غرة بالكسر فهو مغرور و غرير خدعه و اطمعه بالباطل فاغتر هو والغرور الدنيا و ما يتغرر به من الادوية و ما غرك أو يخص بالشيطان و بالضم الاباطيل جمع غرير غار وانا غريرك منه اى احذركه وغرر بنفسه تغريراً و تغرة عرضها للهلكة و الاسم الغرر محركة و الغرة و الغرغرة بضمهما بياض في الجبهة إلى ان قال غروجهه يغر بالفتح غررا محركة و غرة بالضم و غرارة بالفتح صار ذاغرة وابيض و الغرة بالضم العبد و الامة و من الشهر ليلة استهلال القمر إلى ان قال و الغار الغافل و اغتر غفل و الاسم الغرة بالكسر انتهى .

و عن ابن الاثير في النهاية انه ذكر احاديث كثيرة ذكر فيها الغرة و الغر بالضم و الغر بالكسر و الاغر والغرار و الغريرة و الاغترار و فسر الغرة بالكسر بالغفلة و الاغترار بطلب الغفلة فقال و فيه انه نهى عن بيع الغرر و هو ما كان له ظاهر يغر المشترى و باطن مجهول .

و عن الازهرى بيع الغرر ما كان على غير عهده ولا ثقة و يدخل فيه البيوع التى لا يحيط بكنهه المتبايعان من كل مجهول وقد تكرر في الحديث و منه حديث مطرف ان لي نفسا واحدة و انى اكره ان اغرربها اى احملها على غير ثقة و به سمّى الشيطان غرورا لانه يحمل الانسان على محابه و وراء ذلك ما يسوءه و منه حديث الدّعاء و تعاطى ما نهيت عنه تغريرا اي مخاطرة و غفلة عن عاقبة امره .

و منه الحديث لان اغتر بهذه الاية ولا اقاتل احب الى من ان اغتر بهذه الاية يريدقوله تعالى «فقاتلوا التى تبغى حتّى» وقوله تعالى «و من يقتل مؤمنا متعمدا» المعنى ان اخاطر بتركى مقتضى الامر بالاولى احب الى من ان اخاطر بالدخول تحت الآية الاخرى و منه حديث عمر ايما رجل بايع آخر، فانه لا يؤمر واحد منهما تغرة اى لا يؤمر تقتيلا التغرة مصدر غررته إذا القتيه في الغرر وهى من التغرير كالتعلة من التعليل و في الكلام مضاف محذوف تقديره خوف تغره اى يقتلا اى خوف وقوعهما في القتل انتهى .

و في مجمع البحرين و غره غرا و غرورا و غرة بالكسر فهو مغرور خدعه و اطمعه بالباطل فاغترهو الى ان قال و في الخبر نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم عن بيع الغرر و فسر بما يكون له ظاهر يغر المشترى و باطن مجهول مثل بيع السمك في الماء و الطير في الهواء إلى ان قال و التغرير حمل النفس على الغرور و هو ان يعرض الرجل نفسه للمهلكة و منه الحديث لا يغر الرجل بنفسه انتهى .

و في مجمع البيان « و أغرك » يجوز ان يكون من الغر و الغرارة فيكون معناه ما اجهلك و اغفلك عما يراد بك و يجوز ان يكون من الغرور على غير القياس و فيه ايضا الغرورظهورامر يتوهم به جهلا الامان من المحذور يقال غره غروراً واغتره اغترارا و فيه: «ان الكافرون الا في غرور» و قيل معناه ما هم الا في امر لا حقيقة له و في الصافى ان الكافرون الا في غرور لا معتمد لهم انتهى .

و عن جامع ابن سعيد الغرر ما انطوى امره و روى ابن المكارم عن امير المؤمنين صلوات الله عليه ان الغرر عمل ما لا يؤمن معه الغرور .

إذا تمهّد هذا فنقول ان الغرر في المعاملات انما هو المسامحة فيما بنى على المكايسة بحسب النوع لان الخطر الشخصي لا يبطل المعاملة قطعا الا ترى ان الشخص اذا اشترى سمكة باضعاف قيمتها بداعي احتمال ابتلاعها درة غالية كانت المعاملة في عرضة الخطر لعدم الاعتماد على حصول الغرض و حصول الخسارة على تقدير العدم كما ان انتفاء الغرر الشخصي لا يوجب الصحة مع كون المعاملة غررية نوعا كما لواشترى الآبق للعتق فان الخطر منتف بالنسبة إلى هذا المشترى سيما إذا اشتراه بقيمة نازلة جدا مع انّ المعاملة باطلة لكون الغرض من العبد غالبا مالا يحصل مع الاباق كالاستخدام فهو حينئذ في معرض الخطر نوعا .

و بالجملة فالمناط كون المعاملة مبنية على المكايسة و مرجعه العرف و هذا مما يختلف باختلاف العادات الا ترى انه يعتبر في الفواكه الوزن و يبطل بيعها بالخرص مع انه يجوز الاكتفاء بالخرص حالكونها على الشجرة و كذا يختلف حال الحطب بالاعتبار بالوزن و الخرص .

و من هذا يظهر السر في جوازالاكتفاء بالاوزان المتعارفة في البلد مع الجهل بها تفصيلا كالوقية و الحقة و الوزنة في بلادنا فان المترددين لا يعرفون منها الا الاسم بل اهل الامصار لا يعرفون غالبا الاوزان المتداولة في بلادهم تفصيلا ولم يفت احد بوجوب استعلام المقادير على الناس و بطلان معاملة من لا يعلم بها و ليس الا لعدم جري العادة على هذا النحو من المكايسة و انما اكتفوا بتعيين العنوان الشايع المتداول المتعين في الواقع و الوجه في دوران صدق الغرر مدار استقرار العادة المكايسة و عدمه انّ ما يتسامح فيه عرفا ليس محلا للخطر عندهم فان العقلاء لا يقدمون على ما هو محل للخطر فلا يصدق على ما لا يتحرز عنه العقلاء انه موضع للخطر .

و مما ذكرنا ظهر ما في ما افاده شيخنا المرتضى حيث قال بعد تحقيق القول في التقدير بغير ما يتعارف به التقدير :

ثم انه قد علم مما ذكرنا انه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند احد المتبايعين دون الاخر كالحقة و الرطل و الوزنة باصطلاح اهل العراق الذي لا يعرفه

غيرهم خصوصا الاعاجم غير جايز لأنّ مجرد ذكراحد هذه العنوانات عليه و جعله في الميزان و وضع صخرة مجهولة القدر معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة انتهى .

فان ما ذكره بعينه جار بالنسبة إلى اكثراهل العراق حيث لا يعرفون انّ الحقة كم مثقالاً و ان المثقال كم حمصا و انه كم شعيرة والقول بفساد معاملة هؤلاء للغرر زور و غرور لا يلتزم به احد لمخالفته للسيرة بل الضرورة .

و يقرب مماذكرناماعن الشهيد ره في شرح الارشادحيث قال فيمسئلة تعيين الاثمان بالتعيين عندنا قالوا يعني المخالفين من العامة تعينها غرر فيكون منهيا عنه امّاالصغرى فلجواز عدمها أو ظهور مستحقه فيفسخ البيع وامّاالكبرى فظاهرة الى ان قال قلت نمنع الصغرى لان الغرر احتمال مجتنب عنه في العرف بحيث لو تركه وبّخ عليه و ما ذكره لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه انتهى .

فظهر منه انّ المناط في الغرركون المعاملة محلا للخطر بحيث يجتنب عنهالعقلاء و يذمون و يوبخون من اقدم عليها ولم يعتدّ بما يتطرق اليها من احتمال الضرر المعتد به عند العقلا و اماما يعتد به من احتمال الضرر ولم تجر العادة على الاعتداد به و التحفظ عنه فليس غرراً وان كان خصوص هذا المتعامل على خطر في معاملته نعم قد يكون هذا النحو من الاقدام على المعاملة سفها و هو غير الغررعلى التحقيق فان بينهماعموما من وجه هذا .

و لكن التحقيق انّ بين الاحتمال المجتنب عنه عرفا بحيث لو تركه وبّخ عليه و بين الغرر ايضا عموما من وجه لتحقق الاول بدون الثاني فيما لو اشترى شيئا باضعاف قيمته من غير ما يصلح داعياله عرفا بل في اشتراء ما لا يليق بحاله ولا يحتاج اليه فان اللّوم متحقق مع انتفاء الغرر و تحقق الثاني بدون الاول فيما لو اشترى المجهول أو الآبق المرجوالحصول بقيمة نازلة جداكما لو اشترى ما تردد بين ما قيمته الف دينار و بين ما قيمته خمسمائة دينار فانه لا يوبخّ على هذه المعاملة بل انما يوبّخ تاركها و يعد من تركها لهذه الجهالة و الابهام من السفهاء وكمالو اشترى الابق المرجو عوده

الذى قيمته ماة دينار بعشرة دنانير فان الغرر متحقق فى المقامين مع انتفاء اللوم .

و بالجملة فالغرر عبارة عن المسامحة فيما بنى على المكايسة و ان لم يكن خصوص المقام مما يماكس فيه عند العقلاء و اهل المعاملة كهذين المثالين وقال فى القواعد الغرر ماله ظاهر محبوب و باطن مكروه قال بعضهم و منه قوله تعالى متاع الغرور و شرعا هو جهل الحصول و اما المجهول فمعلوم الحصول و مجهول الصفة فليس غررا و بينهما عموم من وجه لوجود الغرر بدون الجهل في العبد الابق إذا كان معلوم الصفة من قبل او بالوصف الآن ووجود الجهل بدون الغرر كما في المكيل و الموزون و المعدود إذا لم يعتبر، وقد يتوغل في الجهالة كحجر لا يدرى اذهب ام فضة ام نحاس ام صخر، و يوجدان معافى العبد الابق المجهول صفته .

و يتعلق الغرر و الجهل تارة بالوجود كالعبد الابق المجهول الوجود و تارة بالحصول كالعبد الابق المعلوم الوجود و بالجنس كحب لا يدرى ما هو و سلعة من سلع مختلفة و بالنوع كعبد من عبيد و بالقدر ككيل لا يعرف قدره و البيع الى مبلغ السهم و بالعين كثوب من ثوبين مختلفين و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الاصحاب ولو اشترط ان يبدو الصلاح لامحالة كان غررا عند الكل كما لو شرط صيرورة الزرع سنبلا .

و الغرر قد يكون بماله مدخل ظاهر في العوضين و هو ممتنع اجماعا وقد يكون مما يتسامح فيه عادة لقلته كاس الجدار و قطن الجبة و هو معفو عنه اجماعا و نحوه اشتراط الحمل وقد يكون بينهما و هو محل الخلاف كالجزاف في مال الاجارة و المضاربة و الثمرة قبل بدو الصلاح و الابق بغير ضميمة انتهى .

و فيه مالا يخفى فان الغرر ليس له حقيقة شرعية ولا يختص النهى عن الغرر بالخطر من حيث الجهل بالحصول بل اعم منه لعدم دليل على هذا الاختصاص بل هذا مخالف لما فهمه الاصحاب و استدلوا به في كل باب فقوله و شرعا هو جهل الحصول من الغرابة بمكان ولا يخفى ما في بقية كلامه زاد الله في علو مقامه .

و في مقابل هذا القول ماذهب اليه بعض الاساطين ممن قارب عصرنا من اختصاص

الغرر المنهى عنه بالخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره قال: المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره لامطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضرورة حصوله في كلّ مبيع غائب خصوصاً إذا كان في بحرو نحوه بل هو اوضح شيء في بيع الثمار و الزرع و نحوهما .

والحاصل ان من الواضح عدم المخاطرة في بيع مجهول الحال بالنسبة الى التسليم و عدمه خصوصاً بعد جبره بالخيار لو تعذر كما لا يخفى و بذلك سقط الاستدلال بالحديث المزبور على اشتراط القدرة بالمعنى المذكور انتهى .

و فيه انه خلاف ما اتفق عليه الفريقان من الاستدلال بالنبوي صلى الله عليه وآله على اعتبار القدرة على التسليم مع انه لا وجه للانسياق المزبور بل الانسياق إلى خلافه اولى لان الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله و يؤيده تمثيل اهل اللغة بالمثالين المعروفين .

و امّا قوله ضرورة حصوله في كلّ مبيع غائب الخ ففيه انّ الغيبة ليست نقصا في الغائب ولا قصورا في ماليته بل انما هى قصور في الشخص عن الاحاطة عليه و التقلب فيه بخلاف الاباق فان العبد بالاباق بعرضة عدم الحصول فهو منقص للمالية بخلافها و بالضرورة الغيبة لا توجب كون الغايب في معرض الخطر و اما كون المال في البحر و نحوه فلا يوجب كونه بعرضة عدم الحصول بل ربما يكون رجاء حصوله اقوى من غيره ولو اتفق كونه كذلك فهو كالعبد المريض المشرف على الموت لا يصحّ بيعه كالابق واما قوله بل هو اوضح شيء في بيع الثمار الخ ففيه انّ تحقق الغرر فيه مسلم الا انه خرج بالدليل في بعض الصور فلا ينتقض المبحوث عنه و امّا قوله خصوصاً بعد جبره بالخيار ففيه ما سيجيء انشاء الله تعالى من ان الخيار لا يندفع به الغرر في هذا المقام .

ومما مرظهر ما في ما افاده عمّي العلامة البهبهانى قدس سره الشريف في تعليقته على مجمع الفائدة من مساوات الغرر للسفه قال ...(١) والتحقيق انّ بين الغرر والسفه عموما من وجه لتصادقهما في شراء الابق باضعاف قيمته من غير داع موجب له و صدق الاول بدون الثاني في شرائه بعشر قيمته مثلا وصدق الثاني بدون الاول في شراء الحنطة

---

(١) بياض .

الحاضرة المعلومة مثلا باضعاف قيمته من غير داع اليه هذا مجمل القول في تحقيق معنى الغرر ولنرجع إلى المقصود .

فنقول ان التحقيق عدم قدح الجهالة في الصلح مع التعيين في الواقع لعدم كونها غررا لان الغرر على ما عرفت عبارة عن المسامحة فيما يبنى على المكايسة كما صرح به المحقق الثاني في غير موضع و الصلح ليس بحسب الذات مبنيا عليها بخلاف البيع و الاجارة فلا يصدق على الصلح على المجهول الغرر .

ان قلت ان هذا انما يتم فيما كان في مقام الابراء و الحطيطة و اما ما كان في مقام التجارة فهو مبنى على المكايسة لامحالة فان التجارة مبتنية على المغابنة والمكايسة بالذات فعلى هذا لا فرق بين المصالحات السوقية و بين البيع و الاجارة في اعتبار العلم فيها لان ابتناء البيع و الاجارة على المكايسة انما هو لكونهما من انواع التجارة فاذا شاركهما الصلح في العلة ترتب المعلول لا محالة فالفرق بينهما و بين الصلح انهما لا يصلحان الا للتجارة بخلاف الصلح فانه لعموم فائدته يجري في مقام التجارة و غيرها فتأمل فالجهل باحد العوضين في الصلح ايضا غرر .

ولا يمكن ان يقال ان الصلح يصلح خلوه عن العوض راسا بخلاف البيع و الاجارة فليس العوض ركنا فيه دونهما فحيث اعتبر فيه العوض لم يعتبر فيه ما يعتبر فيهما لان العوض حيث اعتبر فيه كان ركنا فيه ايضا و لهذا يفسد بفساده على ما سيجيء انشاء الله تعالى .

قلت مستمدا باهل العصمة عليهم السلام ان كون التجارة مبنية على المكايسة من كل جهة ممنوع ولو سلم فكونه كذلك مطلقا حتى في الصلح ممنوع ولو سلم فكفاية ابتناء التجارة نوعا على ذلك في تحقق الغرر مع عدم ابتناء الصلح عليه ممنوع بل المسلم كون المسامحة في ما بنى نوع المعاملة على المماكسة غررا وهذا النوع اى الصلح ليس كذلك و ان كان ما تصادق معه و هو التجارة كذلك ولوسلم فكون الصلح تجارة ممنوع غاية الامر كونه معاوضة حيث اعتبر فيه العوض و هو اعم من التجارة و من المعلوم ان المعاوضة ليست مبنية على المماكسة نوعا نعم الغالب فيها ذلك و لكنها قضية اتفاقية و

الابتناء الشخصي لا يؤثر شيئاً .

و بالجملة فللصلح اتساع ليس لغيره من الانشاءات بحسب اصل الوضع لا ان الجهل بالعوض فيه غرر مغتفر بل لا يتعقل فيه الغرر لاتساع دائرته و عموم فائدته بحسب اصله و طبيعته .

و هذا هو التحقيق في المقام و ان لم يتنبه له احد من الاعلام و لكنّ الحكم اجمع عليه اصحابنا و وافقنا جماعة من المخالفين بل لا اعرف الخلاف ممّن يعتد به منهم الا الشافعي حيث قال : لا يصحّ الصلح عن المجهول فلو ادعى مالا مجهولا فاقر المدعى عليه به و صالحه عليه لم يصح الصلح لان ذلك نوع معاوضة و لهذا يثبت في الشقص الشفعة فيه فلم يصح في المجهول كالبيع و لان المصالح عليه يجب ان يكون معلوما فكذا المصالح عنه قياسا انتهى .

و استدلوا له بوجوه منها العمومات الدالة على نفوذ الصلح مطلقا قال في التذكرة لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا ولا جنسا بل يصح الصلح سواء علما قدر ما تنازعا عليه و جنسه أو جهلا و دينا كان او عينا و سواء كان ارشا او غيره عند علمائنا اجمع و به قال ابوحنيفة و احمد لعموم قوله تعالى و الصلح خير و عموم قوله صلى الله عليه وآله الصلح جائز بين المسلمين الاصلحا احل حراما أو حرم حلالا .

و لأن النبيّ صلى الله عليه وآله قال في رجلين اختصما في مواريث درست بينهما: و توخّيا و ليحلل احد كما صاحبه رواه العامة و من طريق الخاصة ما رواه ابن البختري في الحسن عن الصادق عليه السلام قال الصلح جائز بين الناس انتهى و تبعه بعض من تاخر عنه .

ولا يخفى انّ هذا انما يتم لو لم تعم ادلة النهى عن الغرر بل اختصت بالبيع و بقى ما لم يلحق به بالاجماع مشمولا للعمومات ولكن لااظنهم يلتزمون بذلك بل الظاهر انّ الاصل عندهم كون الغرر موجبا للفساد الا ما اخرجه الدليل كما لا يخفى على المتتبع و الاصل فيه النبوىّ صلى الله عليه وآله نهى النبىّ صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر نعم الرواية المسندة مقيدة بالبيع و لكن المرسلة المطلقة مسلمة بين العامة بل الخاصة فانّ عبد الرحمن الاصم منع من كون عقد الاجارة مشروعا متمسكا بانه غرر و انّ النبىّ صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن الغرر .

و العلامة قال بعد نقله منه يعنى انه يعقد على منافع مستقبلة لم يخلق ثم قال و هذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع لما تقدم من النصوص و ايضا الحاجة داعية اليه و الضرورة ماسة له انتهى فهو كما ترى لم ينكر على عبدالرحمن وجود النهى عن مطلق الغرر ولم يدع اختصاصه بالبيع بل تمسك به لاشتراط العلم بالاجرة و هو تصريح منه بوجود النهى عن الغرر مطلقا .

قال ره إذا كانت الاجرة من المكيل او الموزون وجب علم مقدارها بهما حالة العقد للمتعاقدين لانه بدونه غرر ، و النبى صلى الله عليه وآله نهى عن الغرر، ثم قال و هل يكفى المشاهدة كصبرة من الطعام مشاهدة او قبضة من فضة مشاهدة ؟ الاقوى عندنا المنع لما تقدم من الغرر معه و ثبوته بدونه انتهى .

و يستفاد من هذا الكلام ان المناط في اشتراط العلم كون المشروط فيه عقد معاوضة ولا دخل لخصوص هذا البيع في ذلك و صرح بذلك جامع المقاصد في كتاب الاجارة عند قوله ولابد من مشاهدتها او وصفها بما يرفع الجهالة ان امكن فيهاذلك حيث قال ولابد في المنفعة من العلم بها لان الاجارة عقد معاوضة مبنى على المغابنة و المكايسة كما مر فلا يصح مع الغرر فيجب مشاهدة العين المستاجرة التى هى متعلق المنفعة أو وصفها بما يرفع الجهالة انتهى فعلم ان المناط كون العقد معاوضة مبنيةعلى المكايسة كما مر تحقيقه .

و في السرائر فامّا مال الاجارة التى هى الاجرة فالاظهر من المذهب انه لايجوز الا ان يكون معلوما ولا تصح ولا تنعقد الاجارة إذا كان مجهولا جزافا لانه لا خلاف في ان ذلك عقد شرعي يحتاج في ثبوته إلى ادلة شرعية و الاجماع منعقد على صحته إذا كانت الاجرة معلومة غير مجهولة ولا جزاف و في غير ذلك خلاف و ايضا نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر و الجزاف و هذا غرر و جزاف انتهى .

و يستفاد منه ان المعاملة الغررية باطلة في نفسها لعدم دليل على صحتها و هو كما ترى متمسك بالنهى عن الغرر في باب الاجارة مع انه لا يعمل بالمسند الصحيح فكيف بالمرسل فيعلم من هذا ان النهى عن مطلق الغرر معلوم عن النبى صلى الله عليه وآله .

و الحاصل ان طريقة الفقهاء من العامة و الخاصة استقرت على التمسك بكون الغرر مبطلا في اشتراط العلم و غيره من غير نكيرولم يدّع احد اختصاص ابطاله بالبيع حتى انهم تمسكوا به على اعتبار العلم في ما وكل فيه مع ان عقد الوكالة ليست من عقود المعاوضات حتىان الشيخ ره على ما في التذكرة قال لا تصح الوكالة العامة و اسنده إلى جميع العامة إلا ابن ابى ليلىلما فيه من الغرر العظيم و الخطر الكثير .

و قال في القواعد في عدّ ما يعتبر في متعلق الوكالة الثالث ان يكون معلوما نوعاً من العلم لينفى عنه عظيم الغرر فلو وكل في شراء عبدافتقر إلى وصفه لينتفى الغرر و يكفى لو كان عبدا تركيا و ان لم يستقص في الوصف انتهى .

و في التذكرة لا يشترط في متعلق الوكالة و هو ما وكل فيه ان يكون معلومامن كل وجه فان الوكالة انما جوزت لعموم الحاجة و ذلك يقتضى المسامحة فيها و لذلك جوز بعضهم تعليقها بالاقرار و لم يشترط القبول اللفظيولا الفورية فيالقبول لكن يجب ان يكون معلوما مبينا من بعض الوجوه حتىلا يعظم الغرر ولا فرق في ذلك بين الوكالة العامة و الخاصة انتهى فهو كما ترى لم يستند في عدم اعتبار العلم في متعلق الوكالةمن كلّ وجه الى العمومات و عدم الدليل على الاشتراط إلا في موضع خاص و هو البيع .

و في جامع المقاصد في شرح العبارة المتقدمة من القواعدلاخلاف في انه لايشترط ان يكون متعلق الوكالة معلوما من جميع الوجوه التى يتفاوت باعتبارها الرغبات فان الوكالة عقد شرع للارتفاق ودفع الحاجة فيناسبه المسامحة و لانه من العقود الجايزة و من ثم لا يشترط فيها القبول اللفظى ولا الفورية في القبول لكن يجب ان يكون معلوما مبينا من بعض الوجوه حتى لا يعظم الغرر ولا فرق بين الوكالة العامة و الخاصة كذا ذكر المصنف في التذكرة و غيره انتهى .

فظهر ان الاصل كون الغرر قادحا الا ما اخرجه الدليل وعليهاستقرت الطريقة من غير نكير فلا يبعد دعوى الاتفاق على اصالة الفسادفيمااشتمل على الغرر وبالجملة فالدليل على العموم الرواية المرسلة التى تمسك بها في التذكرة في باب الاجارة و نقل عن المختلف و ارسال مثل العلامة ليس قادحا مع اعتماده عليها و استناده اليها

مع ان الشهرة بين العامة و الاتفاق على مفادها بين الخاصة يجبر بهما ضعفه مع ان الاتفاق مع الرواية المعروفة التي استند اليها مثل العلامة من غير تاويل وتردد يكفيان في حصول الاطمينان الذي هو الحجة في كل زمان .

هذا ما اعتمدت عليه واستندت اليه وقد يتمسك له بوجوه اُخر منها ان المستفاد من الرواية ان المنع من بيع الغرر انما هو لكونه مشتملا على الغرر لالانه بيع غرر.

و منها ان المعاملة الغررية لا تشملها العمومات الدالة على اصالة الصحة في المعاملات لانها منصبة على ما هو المتعارف بين الناس و من المعلوم ان الغرر لا يقدم عليه العقلاء و ليس متعارفا بين الناس فلا يشمله دليل الصحة .

و منها ان بناء الشرع على قطع التجاذب و التشاجر بين الناس ولا ريب ان الغرر مما يوجب التشاجر فالحكمة قاضية بسد هذا الباب حسما لمادة النزاع .

و منها ان سيرة المسلمين في جميع الاعصار و الامصار مستقرة على التجنب عن الغرر و ما فيه الخطر ولا يخفى ما في كل هذه الوجوه من الوهن الا ان المجموع يكفى في حصول الاطمينان .

فقد ظهر ان التمسك في عدم قدح الغرر في الصلح بالعمومات لا وجه له لان النهى عن الغرر حاكم عليها بل هذا الكلام مناقض لما صرحوا به و استقرت طريقتهم عليه من اصالة الفساد في ما اشتمل على الغرر .

و من الوجوه التي يتمسك بها في عدم اعتبار العلم في الصلح ان الصلح اسقاط فيصح في المجهول كالطلاق .

و منها انه اذا صح الصلح مع العلم و امكان اداء الحق بعينه فلان يصح مع الجهل اولى .

و منها انه إذا كان معلوما فلهما طريق إلى التخلص و برائة ذمة أحدهما دون صاحبه بدون الصلح و مع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يجز الصلح و افضى الى ضياع المال على تقدير ان يكون بينهما مال لا يعرف واحد منهما قدر حقه .

و هذه الوجوه تمسك بها في التذكرة ولم ارمن استند اليها غيره ولا يخفى مافيها

من وجوه الفساد وكان الاستناد اليها انما هو في مقام الزام الشافعي فانه لم يحك الخلاف الا منه و عقب الوجوه بذكر خلافه و استدلاله .

و منها الصحيحان عن الباقر و الصادق صلوات الله عليهما انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي فقال لا باس بذلك اذا تراضيا و طابت انفسهما و نحوهما الموثق و هذه الروايات عمدة ما استند اليه الاصحاب في هذا الباب .

ان قلت انها ليست صريحة في المدعى لاحتمال كون مضمونها الابراء لا الصلح قلت ان هذا الاحتمال خلاف ظاهر العبارة فلا يعتد به لان الدين لا يقال انه عند المديون بل عليه و انما يناسب هذا التعيين للعين و الابراء لا يتعلق الا بالدين .

ان قلت فلعل المراد الهبة قلت يدفعه ان الظاهر منها المعاوضة و هي تنافي الهبة فانها لا تتعقل الا مجانا ولا ينافي هذا كونها معوضة بهبة اخرى فان كون عقد بازاء عقد لا ينافي خلو كل منهما عن العوض فتدبر في هذا المقام فانه قد زلت فيه اقدام اقوام .

و من هذا يظهر اندفاع احتمال كون المراد الهبة المشروطة بالثواب مع ان جميع هذه الاحتمالات مندفعة بفهم الاصحاب منها الصلح . و منها ان من عليه حق يجهل قدره هو و مالكه و يريد ابراء ذمته و الخلاص من ذلك الحق الذي هو امر مطلوب للعقلاء وجب ان يكون له طريق إلى ذلك ولا طريق الا الصلح فوجب ان يكون سائغا و الالزم الحرج و الضيق في الاحكام و هو منفى شرعا .

و هذا ايضا طريق معروف بينهم ولا يخفى انه على تقدير تماميته لا يفيد الا ان الغرر مغتفر حيث العلم يتعذر او يتعسر مع مسيس الحاجة إلى تحصيل البرائة و لهذا خص الحكم في المسالك بصورة تعذر تحصيل العلم بالحق و المعرفة بالكلية .

و يرد عليه ان الدليل ليس منحصرا في ذلك ولا اختصاص لساير الادلة بالصورة المزبورة مع ان هذا الدليل في نفسه قاصر عن افادة المرام امّا اوّلا فلان ما يتعذر فيه

العلم امّا يجرى فيه اصل من الاصول المعتبرة اولا فعلى الاوّل لا شبهة في ان التكليف انما هو العمل عليه و على الثاني نعمل بالقرعة و قصور دليلهما لوسلم ينجبر بمااستدلوا به من الحرج و الضيق و كيف ما كان فلا يعين الدليل المزبور الصلح لرفع الحاجة .

و امّا ثانيا فلان الحرج كما يندفع باغتفار الغرر في الصلح فكذلك يندفع باغتفاره في غيره ولا دليل على اغتفاره في الصلح و كونه متعينا لذلك هذا مع انّ الصورة المفروضة ليس فيها ما يقتضى ذلك لانّ من عليه حق يجهل قدره هو و مالكه انما يتعين عليه اداء القدر المتعين المتيقن منه و امّا الزائد عليه فالاشتغال به في نفس الامر كعدمه في خلوّه عن الاثر في النشاتين .

نعم لا ريب في كون البرائة الواقعية امرا مرغوبا فيه للعقلاء و لكن لا يجب على الشارع نصب طريق اليه و ليس في عدم التمكن منه حرج و ضيق في الاحكام لان هذا الشخص معذور عند الشارع لا حرج عليه مادام جاهلا فتدبر فانّ هذا هوالتحقيق الواضح و العجب من الاعلام كيف غفلوا عنه مع سطوعه و غاية وضوحه و اولعوا في التمسك به مع ان بينه و بين اثبات مرامهم بوناً بعيداً كما لايخفى على من القى السمع و هو شهيد .

و بالتامل فيمامر يظهرما فيماافاده في الرياض حيث قال بعدالاستدلال بالصحيحين و الموثق و اطلاقهما كالعبارة و غيرها من عبائرالجماعة و منها عبائر التذكرة المحكى فيها اجماع الامامية يشمل صورة كون المتنازع فيه مما يتعذر معرفتهما له مطلقا اولا امكن معرفته في الحال ام لالعدم مكيال او ميزان ونحوهما من اسباب المعرفة ولاخلاف في الاولى لاتفاق الادلة عليها فتوى و نصا .

مضافا إلى انّ ابراء الذمة امر مطلوب و الحاجة اليه ماسة ولا طريق اليه الا الصلح فلااشكال فيها و كذا في الثالثة عند جماعة كالشهيدين و الفاضل المقداد لتعذر العلم به في الحال مع اقتضاء الضرورة و مساس الحاجة لوقوعه و الضرر بتاخيره و انحصار الطريق في نقله فيه مع تناول الادلة السابقة له و من هذا القبيل ايضا الصلح على نصيب من ميراث أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال مع امكان الرجوع في وقت آخر إلى

عالم به مع مسيس الحاجة إلى نقله في الحال .

و يشكل في الثانية من عموم الادلة بالجواز المعتضدة باطلاقات عبائر كثير من الاصحاب و من حصول الجهل و الغرر فيها الموجبين للضرر بالزيادة و النقيصة مع امكان التحرز عنهما .

و لذا قيد في المسالك و الفاضل في التنقيح اطلاق العبارة بصورة تعذر تحصيل العلم بالحق و المعرفة بالكلية و هو حسن امّا لترجيح عموم ادلة النهى عن الغرر أو لتعارضها مع عموم ادلة جواز الصلح مع عدم مرجح للثانية فلا بدّ من المصير حينئذ إلى حكم الاصل و هو الفساد و عدم الصحة مضافاً إلى امكان ترجيح ادلة النهى عن الغرر باعتضادها بالاعتبار و رجحانها عند الاصحاب على ادلة الصحة في كثير من المعاملات المختلفة كالبيع و الاجارة و نحوهما من المعاملات المعروفة انتهى .

فانّ فيه مواقع للنظر منها قوله مضافا إلى انّ ابراء الذمة امر مطلوب الخ وقد اوضحنا فساده و يجرى ما فيه بعينه في قوله لتعذر العلم به في الحال الخ .

و منها قوله مع تناول الادلة السابقة له فانك قد عرفت عموم ادلة النهى عن الغرر فلا وجه للتمسك بادلة الصحة مع ان النهى عن الغرر حاكم على العمومات و الاطلاقات لا معارض لها .

و من هذا يظهر ما في قوله ره و هو حسن امّا لترجيح عموم ادلة النهى عن الغرر الخ فان حكومة ادلة النهى على العمومات المصححة واضحة فانها مفسرة لادلة الصحة ومبينة لها فكانّ الشارع يقول ما امضيته و انفذته من المعاملات انما هو ما لم يتضمن الغرر فحالها بعينه حال ادلة نفي الحرج بالنسبة إلى ادلة الاحكام فان الفقيه لا يخفى عليه حكومتها ولا يتوهم معارضتها لها وقد تقرر في محلّه ان الميزان في الحكومة كون الحاكم لغوا لولا المحكوم عليه و من المعلوم ان النهى عن الغرر لا معنى له لولا مادل على صحة المعاملات و بالجملة فالحاكم ناظر إلى المحكوم عليه و مترتب في افادته عليه و مفسر له مبيّن إياه كما في ما نحن فيه و هذا من نفايس المطالب و دقايق المسائل و لبيانه مقام آخر .

و منها قوله مضافا إلى امكان ترجيح ادلة النهى الخ فان ترجيح الدليل بالاعتبار بعيد عن الاعتبار فان الاعتبار لا اعتبار به عند اولى الابصار ومن العجيب ما زعمه من ان تقديم ادلة النهى عن الغرر مع ادلة الصحة عن ساحة الفقهاء بمراحل بل لا اظن ان يقول به قائل .

هذا و ظهر مما مر ما في ما افاده في الجواهر قال بعد حكاية ما في الرياض و فيه اولا منع العموم في ادلة النهى عن الغرر فضلا عن ترجيحه او تعارضه لعموم الصلح والرجوع إلى اصالة الفساد و ان لم نعثر منها الاعلى النهى عن الغرر في البيع الملحق به الاجارة بالاجماع على ان اطلاق النصوص السابقة و معقد اجماع التذكرة المعتضد باطلاق المتن وغيره من عبارات الاصحاب كما اعترف هو بذلك كله كاف في تخصيص ادلة الغرر انتهى .

توضيح الفساد ان عدم اختصاص النهى عن الغرر بالبيع بل عمومه جميع المعاوضات مسلم عند الفريقين بل انعقد عليه الاجماع ظاهرا فقد مر تحقيقه وقد عرفت ان مستندهم في الحاق الاجارة بالبيع ليس بتعبد خاص بل انما الموجب كونه من المعاوضات المبتنية على المكايسه و المغابنة و عليك بالتامل في بقية كلامه .

و ظهر ايضا مما مر ما في ماعن المقدس الاردبيلى قدس سره الشريف من انه يعتبر في الصلح العلم في الجملة اما بالوصف او المشاهدة مع الموافقة على عدم اعتبار ما يعتبر في البيع من المعلومية فان مقتضى الادلة المتقدمة عدم الفرق بين العلم في الجملة و عدمه اصلا كما لا يخفى و هذا منه نظير ما في التذكرة و غيرها في كتاب الوكالة من اعتبار العلم في الجملة بمتعلقها لينتفى معظم الغرر فليتدبر .

هذا تمام الكلام في غرر الابهام و يظهر منه حال المجازفة و انها ايضا لا تقدح في الصلح بل هى اولى بذلك من الابهام ، بقى الكلام في غرر الخطر وقد ظهر فيما مر فساد ما ذهب اليه بعض الاساطين من عدم كون الخطر من الغرر استناداً الى ان المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه وقد عرفت انه خلاف ما صرح به ائمة اللغة و فهمه جميع

الفقهاء من الخاصة و العامة وكيفما ماكان فلا خلاف في كون الخلوص من الخطر معتبرا في البيع و ما يشبهه و انما الخلاف في الصلح .

نعم حكى عن الفاضل القطيفي في ايضاح النافع ماربما يفهم منه مخالفته لجميع اهل العلم حيث قال ان" القدرة على التسليم من مصالح المشترى فقط لا انها شرط في اصل صحة البيع فلو قدر على التسلم صح البيع و ان لم يكن البايع قادرا عليه بل لو رضى بالابتياع مع علمه بعدم تمكن البايع من التسليم جاز و ينتقل اليه ولا يرجع على البايع لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب و نحوه .

نعم إذا لم يكن المبيع من شانه ان يقبض عرفا لم يصح المعاوضة عليه بالبيع لانه في معنى اكل المال بالباطل و ربما احتمل امكان المصالحة عليه و من هنا يعلم ان" قوله يعنى المحقق في النافع لو باع الابق منفردا لم يصح انما هو مع عدم رضى المشترى أو مع عدم علمه او كونه بحيث لا يتمكن منه عرفا ولو اراد غير ذلك فهو غير مسلم انتهى .

و التحقيق ان" هذه العبارة ايضا لا تدل على مخالفته و ان كان موهما لها في بادى النظر و جزم بها بعض اهل النظر فقال ان" الخلاف في اصل المسئلة لم يظهر الا من الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثاني حيث انه حكى انه قال إلى آخر العبارة المتقدمة منه .

توضيح المرام ان" المراد بهذا الشرط كون الشيء بحيث يمكن تسليمه عادة لا كون البائع بالخصوص قادرا على تسليمه فان الادلة لا تساعد الا على ذلك فنفى اعتبار قدرة البايع على التسليم ليست مخالفة في المسئلة بل هو عين التحقيق الذى صرح به جماعة من المحققين واما ما افاده من التفصيل في مسئلة بيع الابق ومنع بطلانه مطلقا فهو ايضا لا يدل" على المخالفة في المسئلة لان الاباق على انواع و انما يكون منشاء للغرر حيث يتعذر التمكن من الابق او يتعسر و اما مجرد الاباق فليس مانعا من صحة البيع من حيث الغرر .

نعم يمكن ان يلتزم به من باب التعبد الخاص و اطلاق الرواية ولا اظن احدا

يلتزم به ايضا و المحقق المذكور التزم بفساد بيع الابق في صورتين احداهما كون الابق بحيث لا يتمكن منه عرفا ولا فرق في هذه الصورة عنده بين علم المشترى وجهله و بين رضاه و عدمه كما هو صريح عبارته و الثانية عدم كون الاباق كذلك مع جهل المشترى به او عدم رضاه فلو علم بهذا النحو من الاباق و رضى صح لانه ليس غررا .

هذا مفاد كلامه و محصّل مرامه و هو و ان كان محلا للنظر الا انّ المخالفة في اصل المسئلة لا يستفاد منه بل يستفاد من صريح هذا الكلام موافقته لسائر الاعلام في كون الاباق الموجب لكون المعاملة غررية مبطلا للعقد و بسط الكلام لهذا المرام لا يلائم هذا المقام .

و بالجملة اختلفوا في اعتبار القدرة على التسليم في الصلح على اقوال الاعتبار مطلقا استناداً إلى ان الدائر على ألسنة الاصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع حتى انهم يستدلون بهفي غير المعاوضات كالوكالة فضلا عن المعاوضات كالاجارة والمزارعة و المساقات و الجعالة بل يستدلون بالمرسل المطلق كما عرفت، و عدمهمطلقا نظرا إلى ما تقدم من العمومات وما علم من التوسع فيها كجهالة المصالح عنه إذا تعذر او تعسر معرفته بل مطلقا و اختصاص الغرر المنفى بالبيع و التفصيل بين ما كان من الصلح مبنيا على المسامحة و مالم يكن منه كذلك فرجح في الاوّل الثانى و في الثانى الاوّل وكان مستنده صدق الغرر في الثانى دون الاوّل وقد حققنا انّ الغرر هو المسامحة فيما بنى على المكايسة و المشهور هو القول الثاني .

و يظهر وجهه بالتامل فيما حققناه في غرر الابهام من انّ الصلح ليس من عقود المعاوضات بمعنى انّ اعتبار العوض فيه ليس ركنا كما في البيع و الاجارة و امثالهما نعم يصلح لان يكون كذلك ايضا لعموم فائدته و لكنه حيث اعتبر فيهالعوض لايلحقه جميع احكام المعاوضات .

نعم يجرى عليه بعض احكامها فانّ الغررلا يتحقق الا بابتناء النوع على المماكسة و الصلح بحسب النوع و الطبيعة مطلق لا يعتبر فيه شيء مما اعتبر في غيره من العقود و الايقاعات الا مايتوقف عليه العقد من حيث هو هو ولهذا يقوم مقام كثير من الانشاءات

و اليه يرشد قوله عليه السلام الصلح جايز بين المسلمين الا ما احل حراما او حرم حلالا فيستفاد منه انه بحسب قصد المتعاقدين وانه لايعتبر فيه شيء الاالتجرد عن هذين وانه ينفذ في كل ما ثبت كونه قابلا للجعل بعقد من العقود او الاسقاط من غير اختصاص له بعقد من العقود .

و لا يخفى ان الصلح لا يقوم مقام كثير من الانشاءات كالنكاح و الضمان و العتق و الكفالة و الطلاق و الخلع قطعا و ليس هذا من دليل مخصص لعمومات الصلح بل انما هو لقصور مفهوم الصلح عن افادة هذه الاثار كما انه لايفيد الفوائد المختصة بالشروط من اثبات حقوق لاتثبت بالعقود .

و بالجملة فقصور الصلح عن افادة ما ذكر كقصور البيع عن افادة ملك المنفعة و قصور الاجارة عن افادة ملك الاعيان فان المستفاد من الادلة و المتيقن من العرف انما هو افادة الصلح لتمليك الاعيان و المنافع و الابراء و الاسقاط على الوجه المخصوص و قد صرح الفقهاء من العامة والخاصة بافادتها ما تفيده الامور الخمسه مقتصرين عليها .

ان قلت ان صلح احدالشريكين مع الآخر على ان يكون له رأس ماله ولصاحبه الربح و عليه الخسران يفيد الالتزام باختصاص احدهما بالربح و الخسران و هذه الفوائد ليست من فوائد الامور الخمسة .

قلت اولا نمنع ماذكر فان مفاد هذا الصلح ليس الا اختصاص ما يساوى راس المال باحدهما و اختصاص ما بقي من الديون و الاعيان بالاخر ففائدته تمليك احدهما مايملكه من الربح لصاحبه في قبال رضاه باختصاصه بطائفة من الاعيان الموازنة لراس ماله كما يشير اليه اخبار الباب و تقييد جماعة من الاصحاب بان يكون من المال دين و عين .

و ثانيا ان هذا الحكم تثبت بالنصوص الخاصة و التعدى الى غيره يحتاج الى الدليل و قد مر تحقيق هذا الفرع مفصلا .

و تحقيق المقام و تنقيح المرام ان الادلة انما دلت على تنفيذ الصلح فيما يصلح له و اما كون كل امر قابلا للصلح فيحتاج الى دليل آخر .

ان قلت ان التمسك بالعمومات و الاطلاقات عند الشك في شرطية شيء اومانعيته مما لاريب في جوازه والشك في القابلية انما هوالشك في تحقق شرط في المورد او وجود مانع فيه فان كانت الشبهة حكمية بان كان الشك في شرطية المفقود او مانعية الموجود فلاريب في التمسك بالادلة في عدم الاشتراط و المانعية فان الاصل عدم التقييد و التخصيص و ان كانت الشبهة موضوعية بعد احراز الشرطية والمانعية فتستصحب الحالة السابقة ان احرزت و الافاستصحاب العدم الازلى محكم فيحكم بعدم الصحة مع الشك في الاشتمال على الشرط بخلافه مع الشك في المانع و بالجملة فمجرد الشك في القابلية لا يمنع من العمل بالاطلاق و العموم .

قلت ان الاستعداد الذي لابد من احرازه في تنفيذ الانشاءات انما هو الاستعداد الذاتي بمعنى كون الشيء من حيث هو هو قابلا لذلك الانشاء و موردا له فان الشك فيه حقيقة شك في الموضوع ومن المعلوم ان الاذعان بالحكم يتوقف على احراز الموضوع و لايرتفع الشك في الموضوع بعموم الحكم و اطلاقه .

و هذا هو السر في حكومة الاصل الموضوعى على ادلة الاحكام الاترى انه لوشك في صلاحية الحقوق لتعلق البيع بها لم يصح التمسك لها بعموم ادلته كما لو كان الشك في صحة بيع من جهة الشك في كون متعلقه قابلا للانتقال كما لودار الامر بين كونه خمرا اوخلا او بين كونه حرا او عبدا فهل يرتاب ذومسكة في عدم جواز التمسك لصحة البيع حينئذ بعموماته .

و اما القابلية المعتبرة في ترتب الاثر فعلا فهى اخص من ذالك لانها هى القابلية من جميع الوجوه فان القابلية الذاتية لايكفى في الاثار بل لابد من اشتمال الموضوع على الشرائط و كونه فاقدا للموانع .

فالشك في هذه القابلية لايشابه الشك في القابلية الاولى و لا يشاركه فى الاحكام الاترى أن للماء المطلق قابلية للطهارة بالاتصال بالمعتصم ليست للمضاف و مع ذالك يعتبر في طهارته بمجرد الاتصال- على مايقال- عدم التغير فاذا شك في الاطلاق الذى هو المنشأ للاستعداد الذاتى لم يمكن التمسك بالاطلاقات في الحكم بالطهارة بخلاف ما

لو شك في التغير فتدبر في هذا المقام فان تميز قيود الموضوع عن قيود الحكم لايخلو من اشكال فان جميع القيود بالنظر الدقيق راجعة الى الموضوع على ماصرح به بعض مشايخنا طاب ثراه و لكن المناط في الفرق ما يستفاد من الادلة .

و مما حققنا ظهر ما في بعض التاليفات و لنذكر العبارة بطولها ليظهر فسادها و التحقيق في المسئلة قال المؤلف بعد ما حكى عن فحل الفحول موسى بن الشيخ الاعظم قده في مجلس درسه : ان دليل الصلح ليس مشرعاً بل انما هو ملزم : و يمكن ان يقال ان الصلح امر عرفي وهو قطع النزاع او اسقاط المطالبات او تمليك ما يقصد تمليكه في الاعيان والمنافع وليس له حقيقة جديدة يوجب الاجمال ولاريب في ان المفرد المحلى باللام اما موضوع للطبيعة كما عليه المحققون و الاحكام تتعلق بالطبايع على المختار فيكون حكم الجواز ثابتاً على الطبيعة المستلزمة سريانه الى الافراد كافة سيمامع حذف المتعلق القاضي بالعموم في اغلب المقامات واما انه ليس موضوعا له ولا يجوز تعلق الاحكام بالطبايع فاما ان يراد منه جميع الافراد فهو المطلوب او الفرد المعين ولا قرينة عليه او الفرد المنتشر و هو مستقبح في كلام الحكيم في مقام البيان لعدم الفائدة فلا اشكال في افادته العموم .

و المراد بالجواز اما الحكم التكليفي بمعنى الاباحة فيكون مفيد اللصحة اذ لا شيء من العقد الفاسد بمباح واما الحكم الوضعي بمعنى الصحة و المضي فلا كلام في دلالته على المدعى وليس في اللفظ ما يفيد تقييده ببعض الافراد والاحوال والاصل عدم التخصيص.

لا يقال قد خرج منه بعض الافراد قطعا لانا نقول خروج البعض غير قادح في الحجية في الباقي وليس فيما بين المشكوكات في الدخول والخروج علم اجمالي حتى يسرى اجماله الى العام مع ان ذلك ينافي احتجاج العلماء بهذا العموم في كل مقام .

و اما التخصيص بما احل حراما او حرم حلالا ففي معناه اجمال وتفصيل نذكره مشروحا ومبسوطا في مبحث الشروط اذهما من هذه الحيثية سواء ولا دخل له فيما نحن بصدده فنقول كل مقام شك في جواز الصلح عليه وعدمه نتمسك بعموم جواز الصلح الا ما اخرجه الدليل .

فان قيل الظاهر من ذلك بيان مشروعية الصلح في الجملة فلا عموم فيه ولا اطلاق .

قلت اولا ان هذا ينافي استدلال الفقهاء به في موارد الشك في شرط او مانع ولا فرق بين الافراد و الاحوال و ثانيا ان وجود الاستثناء في الرواية دليل العموم و انه هو المراد فيصير المعنى ان كل ما هو غير المستثنى فهو جايز و ثالثا ان هذا يرد على سائر عمومات ابواب الفقه من قبيل احل الله البيع و نحو ذالك مع انه لم يشك فيه مشكك في افادته العموم ولا ريب في جواز التمسك بها في موارد الشك .

فان قلت ان الظاهر منه جواز الاصلاح و رفع الشقاق ولا دخل له في ما اردته من العموم .

قلت هذا رجوع عن عقدية الصلح ومصير الى ما ذهب اليه العامة من اختصاص الصلح بمقام النزاع .

فان قلت نقول انه عقد بلفظ صالحت لكنه على حسب ما يجوز في غيره من العقود بمعنى انه يتعلق بكل ما يتعلق به العقود من اعيان او منافع او حقوق ولا يلزم من ذالك التعميم الى مالم يثبت المعاملة فيه بغير الصلح .

قلت هذا في الحقيقة ارجاع الى قول الشيخ ره بالفرعية من جهة و ان لم يكن عين ذالك القول بل هو احد الاحتمالات في كلام الشيخ ره فان في بيان مراده لنا كلاما طويلا ليس هنا موضع ذكره و يحتاج الارجاع الى ذالك الى وجود مخصص و مقيد .

مع ان ذالك يجيء في احل الله البيع اذ لقائل ان يقول ينصرف الى ما يجوز فيه الهبة مثلا و الهبة ينصرف الى ما يجوز فيه البيع و الاجارة الى ما يجوز فيه العارية و الجعالة و بالعكس و بالجملة صرف العمومات الى مالم يثبت قيام نظائره من العقود مقامه محل اشكال محتاج الى الدليل مع انا نتمسك في الصلح على المجهول اوعلى مالا يقدر على تسليمه او نحو ذالك من الامور التى لا يقع عليها البيع وغيره بعموم الصلح جائز فلو بنى على الانصراف الى مورد البيع و الاجارة و الابراء و نحوها لماكان لهذا الاستدلال موقع اصلا .

فان قلت انا لا نريد صرفه الى خصوصيات ما يصح فيه العقود الاخر بل الى نوع ذالك كما ذكر في تحرير محل النزاع بمعنى ان كل ما هو قابل بنوعه و بذاته لتعلق احد العقود الخمسة عليه فهو قابل لوقوع الصلح عليه مع قطع النظر عن احواله من جهالة و معلومية و نحوهما ولا ملازمة بين المقامين .

قلت نعم ولكن الصرف الى ذالك ايضا مفتقر الى دليل يدل على ذالك ولم نجد ما يقتضى ذالك و العموم شامل .

و بالجملة فقد اطال الكلام بالنقض و الابرام و لكنه لا طائل تحته ولو فهم ما افاده الشيخ ره في الدرس لم يصدر منه ما يصدر ولكن بين السماع و الاذعان كما بين الخيال و العيان فرق واضح .

و توضيح المرام ان عموم ادلة الصلح كما عرفت لا ينفع في اثبات قابلية الموارد المشكوكة فما اتعب نفسه و تكلف له من اثبات عموم الدليل اجنبى عما اراده فان غاية مايدل عليه الدليل ان الصلح في الموارد القابلة له نافذ مطلقا الا فيما احل حراما او حرم حلا لا فانه لا ينفذ فيها و ان كانا قابلين له .

وليس مفاد العمومات والاطلاقات ان كل مورد من الموارد صالح لجريان الصلح و ان كل اثر يترتب على الصلح بحكم الشارع الا ما استثنى بل غايته الدلالة على لزوم القيام بمقتضاه حسب ما جرت عليه العادة و تقتضيه ماهيته كما ان قوله تعالى احل الله البيع لا يدل على كون كل شيء قابلا لتعلق البيع به و ان الاصل ترتب كل اثر عليه حتى يكون عدم صحة نقل المنافع به مفتقراً الى دليل مخصص و هذا ما اشار اليه الشيخ ره بقوله ان دليل الصلح ملزم لا مشرع فظهر ان اثبات عموم ادلة الصلح بهذا التطويل لا طائل تحته .

واما ما اجاب به عما اورد على نفسه من ان الظاهر من الدليل جواز الاصلاح و رفع الشقاق و هو انه رجوع عن عقدية الصلح و مصير الى ما ذهب اليه العامة من اختصاص الصلح بمقام النزاع ، ففيه ان هذا مناقشة في دلالة الرواية على تنفيذ العقد

المسمّى بالصلح نظراً الى انه ليس معناه في اللغة والعرف بل انما معناه المتبادر منه هو رفع النزاع و الشقاق فلا دلالة على لزوم هذا العقد و صحته بوجه من الوجوه الا انه يدل على صحة هذا العقد اذاكان في مقام المخاصمة كما عليه الشافعى من العامة فالجواب اجنبى عن السؤال .

وكذا ماأجاب به عن ايراده على نفسه بانه على حسب مايجوز في غيره من العقود بمعنى انه يتعلق بكل ما يتعلق به غيره من الاعيان و المنافع و الحقوق من ان هذا ارجاع إلى قول الشيخ بالفرعية من جهة الخ توضيح الفساد ان الفرعية ليس مذهبا للشيخ و ان صدر منه ما يدل عليه لكنه ليس بمذهبه لتصريحه بخلافه و القول بفرعية الصلح لغيره لايلائم هذا الكلام لان الفرعية انما هى التبعية في الاحكام و اختصاص الصلح بما يصلح لسائر العقود وانما هو لكونه القدر المتيقن من موارده لاحراز القابلية فيها دون غيرها لا ان التبعية اقتضت الحكم بعدم صلوح الصلح للتعلق بغير ما تعلقت به سائر العقود و هذا مراد من يقول ان دليل الصلح ملزم لا مشرع فظهران الحكم بعدم تعلق الصلح الا بما يتعلق به غيره ليس تخصيصافى ادلته حتى يتوقف على دليل مخصص .

و من هذا يظهر فساد قوله مع ان ذالك يجىء في احل الله البيع اذلقائل ان يقول ينصرف إلى مايجوز فيه الهبة مثلا الخ .

توضيحه ان الاقتصار في مجارى الصلح على ما ثبت صلوحه لتعلق سائر العقود به انما هو لكونه القدر المتيقن وعدم دلالة العمومات على صلاحية كل شىء لتعلق الصلح به على ما عرفت و لو كان تخصيص البيع بما يجوز فيه الهبة ايضا للاقتصار على القدر المتيقن لكان في غاية المتانة واما مجرد دعوى انصراف ادلة العقود المذكورة إلى الامور المزبورة فجزاف و اعتساف ولايقاس مانحن فيه عليه .

و من هذا يظهر مافي قوله مع انا نتمسك في الصلح على المجهول او على مالايقدر على تسليمه اه فان بين المقامين فرقا ظاهراً لان اشتراط العلم و القدرة و مايشبههما في متعلق الصلح تخصيص للعمومات و تقييد للاطلاقات و اما اعتبار القابلية في متعلقه فهو كاعتبار الموضوع للاحكام ليس تخصيصا في ادلتها فان عدم تعلق الحكم بمالا يصلح له تخصص

لاتخصيص لان المفروض انه ليس موضوعا للحكم لا ان الحكم بالنسبة إليه مخصص او مقيد .

و بالجملة فغاية ما يتمسك به في تشييد مرامه عموم ادلة الصلح واطلاقها و قد عرفت انه اعم مما ادّعاه فلا حاجة إلى تطويل الكلام بالنقض و الابرام بعد وضوح المرام .

فظهر ان الاصل عدم كون الامور قابلة لتعلق الصلح بها بل مطلق الانشاءات و ان الاصل فيها الفساد اذا كان الشك في صحتها من جهة الشك في الاستعداد .

اذا تمهد الاصل فنقول ان الصلح اذا كان في مقام الابراء و الاسقاط فلابد من احراز قابلية متعلقه للسقوط بالاسقاط وان كان في مقام نقل الاعيان والمنافع فلابد من احراز قابليتها للجعل فان من الحقوق مالا يسقط بالاسقاط كحق استمتاع الزوج من الزوجة وحق السبق في المسابقة وخص باسم الحكم في الاصطلاح ومنها ما هوقابل كالحقوق المالية من الخيار و الشفعة و حق القصاص و خص باسم الحق و منها ما هو مشكوك فيه كحق الابوة والحضانة و الولاية اذا تعدد الاولياء و اراد ان يصالح بعضهم عن حقه وحق القسمة للزوجات وحق المضاجعة والمواقعة وحق رجوع الزوج في العدة الرجعية و حق الفسخ في مثل الشركة و المضاربة وحق الرجوع فى الهبة و حق العزل فى الوكالة و حق المطالبة فى الوديعة و العارية و القرض و حق السبق فى الامامة و المسجد و نحوهما و حق النظارة فى الوقف و نحوه و حق الانفاق للابوين و الزوجة و نحوهما و حق الفسخ في النكاح بسبب احد العيوب .

و بالجملة قدوقع الشك في بعض هذه الموارد وغيره فاقول كاشفا للحجاب و رافعا للنقاب ان من الامور ما هو من لوازم الحقوق و الامور المنتزعة الغير القابلة للانفكاك منها و من هذا القبيل حق العزل في الوكالة و حق المطالبة في الدين الحال للغريم وهذا نوع لايمكن اسقاطه لامستقلا و لا بالصلح .

اما الصغرى فلان الوكالة هي الاستنابة فى التصرف ولابد فى تحقق مفهوم النيابة من ارتباط الفعل بالمنوب عنه وكونه باذنه بحيث يصح اسناد الفعل اليه فاستحقاق الموكل

للعزل من لوازم نيابة الوكيل عنه لان مفهوم النيابة و مهيته ترتفع بانقطاع الاذن من الموكل .

و بالجملة فاستحقاق العزل ليس الا ارتباط عمل الوكيل بالموكل و اعتبار اذنه استدامةً فيه كالابتداء وهذا لا يمكن انفكاكه عن الوكالة ولهذا لا يمكن ان يكون العقود الاذنية عقوداً لازمة بل الجواز ذاتي لها ومعنى كونها عقودا إذنية كونها متقومة بالاذن ابتداء و استدامة .

ان قلت ان الوكالة المشترط في العقود اللازمة لازمة حتى ماكان لازما من طرف المشروط عليه كعقد الرهن على ما صرح به الاصحاب و هذا ينافي ما ادعيته من تقومها بالاذن .

قلت مستمدا باهل العصمة عليهم السلام ان الوكالة المشترطة ليست من قبيل الوكالة العقدية عبارة عن الاستنابة بل انما هى عبارة عن الولاية في التصرف فان الولاية في الاموال من الحقوق يصح جعلها للاجنبى بالشرط كغيرها من الحقوق فانها ايضا من وجوه السلطنة على المال .

و بالجملة فكما ان للمالك جعل الملك لغيره فكذا له جعل بعض وجوه السلطنة خاصة لغيره فمفاد شرط الوكالة في عقد الرهن تسليط الراهن المرتهن على بيع العين المرهونة وليس هذا من الاستنابة في شيء وان كان البيع على تقدير صدوره من المرتهن واقعا عن الراهن لعدم خروجه عن ملكه بالرهن بالضرورة بل انما للمرتهن حق استيفاء الدين من العين اما بالمباشرة او غيرها .

ان قلت ان مقتضى ثبوت هذا الحق للمرتهن انتقاله الى ورثته بالارث مطلقا مع انهم مصرحون بعدم الانتقال الامع الشرط مع ان انتقال حقوق المورث الى الوارث غير منوط بالاشتراط .

قلت من الحقوق مالا يصلح للانتقال لاختصاصه بالمورث فبالموت يرتفع موضوعه فليس مما تركه حتى ينتقل إلى الوارث و يقوم مقام المورث كاستحقاق احد الزوجين الفسخ بالعيب فانه لا يمكن ان يقال ان وارث الزوج ينتقل إليه الخيار مثلا فيفسخ النكاح

و يسترد المهر من الزوجة فانه من توابع الزوجية و الوارث لايقوم مقام المورث في المتبوع فكذا في التابع فتأمل .

و السلطنة المشروطة قد تكون كذالك اذا اشترطت له خاصة و قد تكون قابلة للانتقال إلى الوارث فهوعلى الاول بمنزلة الوكالة وعلى الثانى بمنزلة الولاية والوصاية كما صرح به بعض الاجلة فكما ان للولى كالاب و الجد و الوصى و الحاكم التصرف في مال المولى عليه و كذا المقاص* و الملتقط فكذا للمرتهن بالاشتراط و لما كان الظاهر من اشتراط الوكالة للمرتهن كونها له بنفسه لا مطلقا فلابد لصرفه إلى الاطلاق من قرينة و هذا هوالمراد من اشتراط الانتقال إلى الورثة فانه كناية عن جعلها مطلقة حتى يصلح للانتقال .

فان قلت هذاتاويل بعيد لاتساعد عليه كلماتهم ولاتناسب تعليلاتهم حيث حكموا باشتراكها مع الوكالة العقدية في جميع الاحكام من البطلان بموت الراهن و جنونه و اغمائه و لعدم صلاحيته حينئذ للاستنابة بل ادعى بعض الاساطين من مشايخنا الضرورة على كونها نيابة و ان لم تكن وكالة فيترتب عليه جميع احكام النيابة التىمن جملتها البطلان بالموت .

قلت مستعينا بحضرة السبحان تعالى انه لا حجية فى اجتهادات الاعيان الا مع الاتفاق المورث للقطع و الاذعان و لو كانت نفس الاحكام مجمعا عليها فكون العلة انها استنابة ليس كذلك كيف و لو كان توكيلا فكيف يمكن جعلها للوارث بالشرط مع انه ربما لايكون موجودا ولايكون حال الاشتراط صالحا للنيابة اويكون متعددا فلابد من تعينه مع ان العلم بالوارث قبل موت المورث مخصوص بعلام الغيوب مع انهمستلزم للتعليق ايضا فلامعنى لتوكيل الوارث .

وهذا قرينة على ما نزلناعليهكلامهم وان ابيت الاعن ان يكون مرادهم التوكيل حقيقة فلا ريب في كونه خطاء لما عرفت فتأمل هذا محصل الكلام في تحقيق استحالة اسقاط استحقاق العزل بالصلح و غيره .

و منه يظهر حال استحقاق الفسخ في الشركة و المضاربة و استحقاق المطالبة في

الوديعة و العارية فانها ايضا يستحيل انفكاكها عن متبوعاتها .

و اما استحقاق المطالبة في الدين فالامر فيه اظهر لان اشتغال الذمة لايتعقل الا بلحاظ هذا الاثر غاية الامر ان اعتبار الاجل موجب لاستحقاق المديون التاخير فاسقاط استحقاق المطالبة راسا مع بقاء الاشتغال غير معقول .

واما استحقاق التعجيل فهو وان لم يكن من لوازم الاشتغال بحيث يستحيل انفكاكه منه الا انه كاستحقاق المديون للتاخير من التوابع و التوابع لاتستقل بالجعل والاسقاط و قد صرح بذالك في التذكرة واقتبس منه بعض المحققين ممن تاخر عنه فظهر السر في عدم صلوح هذا النوع من الحقوق للاسقاط بالصلح و غيره .

و الضابط ان ما لا تعلق له بالغير من الاحكام فلاريب في عدم صلوحه للاسقاط كوجوه السلطنة على الاموال و اما ماله تعلق بالغير فعلى قسمين قسم يصلح له و قسم لا يصلح ، اما ما كان الرضا فيه مسقطا كالخيار والشفعة فلاريب في صلوحه للاسقاط واما ماليس كذلك فمنها ما يسقط بالتبع ولا يستقل بالاسقاط كالاوصاف و الاجال و شرط التسليم في المكان الفلانى فانها تسقط باستيفاء الدين الفاقد للامور المشروطة و لا تستقل بالاسقاط .

و اما الشروط فلا تسقط بمجرد الرضا و هل تسقط بالاسقاط فيه اشكال الاقرب ذالك .

ثم ان من الامور ما لايسقط بالاسقاط ولكن ينزل منزلة الساقط بالالتزام بالترك اذا رجع إلى جعل حق للغير كاشتراط ان لايهدم الحائط الذى بينه و بين جاره الذى هو في معنى جعل استحقاق ابقاء الجدار للجار .

و من هذا القبيل اشتراط عدم الرجوع في العدة الرجعية في وجه بعيد فان حق الرجوع لا يسقط بالصلح لا نه لا يسقط بالاسقاط و لكن اذا اشترط عدم الرجوع لم يكن للزوج الرجوع فلايبقى اثر لرجوعه .

هذا و لكن فيه من وجوه الفساد ما لا يحصى فان المعتدة بالعدة الرجعية زوجة حقيقة في وجه قريب و الطلاق ليس علة تامة للبينونة بل يشاركه انقضاء العدة مع

عدم الرجوع فاسقاط حق الزوج اسقاط للزوجية واشتراط عدم الرجوع تحريم للحلال.

و على الوجه الاقرب يمكن ان يقال ان الرجوع ليس الا الرضا بالزوجية الاولى مقترنا بكاشف من قول او فعل فاشتراط عدم الرجوع لا معنى له لان الرضا ليس امراً اختياريا يمكن الالتزام بعدم الاتيان به وليس الرجوع انشاء لفسخ الطلاق فتدبر .

و بالجمله فكلما علم عدم صلوحه للاسقاط بما ذكرنا او بوجه آخر فلااشكال في عدم تعلق الصلح المفيد للاسقاط به و ما شك فيه فالاصل فيه عدم الاستعداد و الاصل في العقد المشكوك فيه من هذه الحيثية الفساد لما عرفت من انه من شئون الشك في الموضوع و ادلة الاحكام يستحيل ان يثبت الموضوعات فان الموضوع مقدم على الحكم بالضرورة فاثبات الحكم يتوقف على ثبوت الموضوع فلو توقف ثبوت الموضوع على ما يثبت به الحكم لزم تقدم الشيء على نفسه .

وبيان آخر العقد بمنزلة العلة الفاعلية والمورد بمنزلة العلة المادية ومعنى كونه قابلا كونه علة مادية ولا يدل مادل على تاثير الفاعل على قابلية القابل بوجه من الوجوه فان صلوح شيء للتأثير أعم من صلوح الاخر للتاثير بالضرورة هذا و لهذا لا يتمسك بالاطلاقات عند الشك في كون الصدقه بالعين او المنفعة و كون الاجارة خاصة او مطلقة و انما يتمسك بالاطلاق عند الشك في اشتراط الخصوصية فتأمل .

نعم اذا كان الشك في الصلاحية الشرعية مع احراز الاستعداد و القابلية بحسب المهية يمكن التمسك لثبوتها بالعمومات و الا لم يجز التمسك بها في شيء من موارد الشك .

و كشف الحجاب ان حقيقة ملك شخص على آخر شيئا استيلاؤه عليه و سلطانه وملك الاسقاط هنا كملك الاتلاف في الاعيان الخارجية مقوم لمهية الاستحقاق فلا يتعقل انفكاك الاستحقاق على الشخص عن ملك الاسقاط نعم قد يتجدد الحق بقيام علته كاستحقاق النفقة للزوجة فان الزوجية علة له يترتب عليه مادامت باقية ولا معنى لاسقاط الزوجية عن التاثير لكن الاثر بعد تحققه يصلح له فللزوج ان يسقط عن الزوجة حق الاستمتاع

في كل آن بعد حدوثه و الذي لا يسقط انما هو الاستحقاق المتجدد بوجود علّته وهي الزوجية فيتوهم انه من قبيل الاحكام و هكذا الحال في جميع الموارد و بالتامل في هذا الميزان الدقيق يتميز الحق عن الحكم بحيث لا يبقى مورد مشتبه فتدبر .

و اما الصلح الناقل فانما يحكم بنفوذه اذا علم استعداد المورد للانتقال ايضا وهو ما كان مما يتمول مع عدم اختصاصه بالناقل بحيث يكون له الجعل للغير بان لا تكون الاضافة اليه مقوماله فان من الامور مالا يصلح للنقل لعدم كونه ملكا كحق المارة وحق السبق الى مكان و منها مالا يصلح له لكون اضافته الى المالك مقوماله كحق الاستمتاع فان مجرد الملك لا يقتضي السلطنة على النقل فانه قد يكون عبارة عن مجرد السلطنة على التقلب وقد يكون عبارة عن السلطنة على الاتلاف وقد يكون عبارة عن ملك الانتفاع و الاختصاص كما في ملك الشارع الخاص .

و مما لايصلح للانتقال قطعا حق الرّجوع و الخيار و الشفعة فان مقتضى الفسخ عود كل من العوضين الى مالكه و ليس الخيار الا ملك الفسخ فلا يعقل جعله لغير من له الملك .

واما الخيار المجعول لاجنبي فقدحققناه في الرسالة المعمولة في الخيار ان الاجنبي ليس مشروطاله بل انما المالك للشرط احد المتعاقدين غاية الامر انه مقيد بمباشرة الاجنبي فالحق للعاقد لا للاجنبي و ايضا الرجوع الى النكاح لا يعقل الا بالنسبة الى البعل و الشفعة ايضا حق ارفاقي شرع لدفع ضرر الشركة وهذا لايتصور الا بالنسبة الى الشفيع و لهذا لا تنتقل الى الغير مع انتقال العين و اما الوارث فهو قائم مقام المورث فكان الشركة الاولية باقية على حالها لم تتبدل و ان تبدل الشريك و لهذا لاينتقل خيار فسخ النكاح الى وارث الزوج لانه لا يقوم مقام المورث في الزوجية .

فظهر حال كثير مما يشك في كونه قابلا لتعلق الصلح و عدمه و تحقق ان الاصل عدم الصلاحية هذا و هل يقوم الصلح مقام الشروط كما يقوم مقام الامور الخمسة املا فيه اشكال من ان ما ثبت بالشرط ثبت صلاحيته للاثبات و الجعل من حيث هو و اتساع دائرة الصلح ايضا مما لا ريب فيه فالمتجه القيام مقام الشروط فيصح الصلح على اثبات

الحقوق مطلقا و ان لم يكن من قبيل تمليك المنافع كجعل الخيار مقابلا لحق مماثل او غيره و من ان الشرط لايؤثر التمليك فلايملك من اشترط له العتق و الصياغة شيئا على المشروط عليه و لهذا لا يتعلق بتركته بعد موته .

فالامور المشترطة ليست من الديون بل انما الشرط التزام مستتبع لبعض الاثار الوضعية لانه تمليك شيء للمشروط عليه و الصلح ليس مفاده مجرد الالتزام و صلاحيته ماتثبت بالشرط لان يثبت على نحو آخر مغاير للنحو الذي هو مفاد الشرط لم يثبت .

و ليس هذا شكا في تأثير الصلح ليرتفع بالعمومات ولا شكا في القابلية في الجملة حتى يستدل لها بثبوتها بالشرط بل لما كان مفهوم الصلح مغايرا لمفهوم الشرط و كيفية الثبوت بالصلح مغايرة لكيفية الثبوت بالشرط فالشك في قابلية الثبوت على هذا النحو المغاير لذالك النحو فتدبر فانه دقيق جداً ومن هذا يظهر السر في عدم قيام الصلح مقام الضمان و الكفالة لانها ايضا تعهد و التزام صرف فتدبر جدا .

فظهر بحمدالله تعالى ان عدم صحة الصلح في كثير من الموارد من جهة عدم الصلاحية وانه ليس تخصيصا في الادلة وان الصلح جايز مطلقا سوى ما حرم محللا او حلل المحرم .

والمراد من تحريم الحلال ان يلتزم احد المتصالحين بترك ما احل له فعله من غير ان يستحق صاحبه عليه شيئا مثل ان يصالح زوجته على ترك التسرّي أو يصالح الاجنبى على ترك السفر او على ان لا يتصرف في ماله الى غير ذلك فان ترك الزوج التسرى ليس فيه فائدة يعتد بها العقلاء فليس من الحقوق عندهم و كذا ترك السفر مع عدم فائدة فيه للمصالح له مجرد تحريم حلال.

و في هذا المقام اشكال قد استصعبه الاعلام وقد اشبعوا في دفعه الكلام بالنقض و الابرام و يظهر اندفاعه بما اشرنا اليه مع الايجاز في المقام اما الاشكال فهو انّ شان الصلح كغيره من العقود تحريم ما كان حلالا قبل العقد و بالعكس فعدم صحة الصلح المقصود منه التحريم و التحليل ابطال له رأسا واهمال له بالكلية وان كان المراد الحلال و الحرام اللذان لا يتغيران بالعقود في نظر الشارع لا كلّ حلال و حرام فلابدّ في كل مقام من احراز الصلاحية و القابلية ولا يمكن التمسك بالعمومات عند الشك فيها .

و الجواب يظهر مما مر فانه لاباس بتغير الاحكام عند تبدل الموضوعات فان الحرام هو التصرف في مال الغير بغير اذنه فاذا دخل في ملكه بالعقد تبدّل الموضوع و ايضا الناس مسلطون على اموالهم و يجوز لهم جميع وجوه التقلب فيها مع عدم مزاحمته حق الغير فاذا استحق الغير بعقد شيئا في مال من الاموال حرم عليه التصرف المزاحم لتبدل العنوان و اما التروك التى ليست مقدمة لاستيفاء الغير حقه فهو مجرد تحريم للحلال كترك الاكل .

و مما يتفرع على ما مهدناه من جواز الصلح انه لا يشترط فيه اعتبار العوض بل يصح خلوّه عنه لماعرفت من اتساع دائرته وعموم فائدته بحسب وضعه و طبيعته ولهذا يفيد فائدة الهبة و الابراء و هذا مما لا خلاف فيه بين الخاصة و العامة ولكن الاشكال في امرين الاوّل انّ العلامة ره افاد في جملة من كتبه انه لابد في الصلح مما يتصالحان به و عليه و ان المصالح عليه و المصالح منه ركنان للعقد فيتوهم مخالفته لما اتفقوا عليه بل افتائهم بخلافه .

و التحقيق عدم مخالفته لما هو المتفق عليه لان المصالح عنه و المصالح عليه اعم من العوض .

الاترى انه لو صالح مدعى دار في يد غيره المنكر لدعواه عما في يده بالنصف لم يكن هناك معاوضة لان مالك النصفين شخص واحد بحسب الواقع ولا يعقل تعويض الشخص من ماله بماله مع ان العقد مشتمل على ما تصالحا به و عليه كما هو ظاهر .

و توضيح المرام ان الصلح على ما عرفت عبارة عن التزامين مستقلين معوض احدهما بالاخر فهو عقد مركب منهما فالمراد بالمصالح عنه و المصالح عليه ما يلتزم المتصالحان به و من المعلوم ان مهية الصلح متقوم بالالتزامين اللّذين لابد لهما من متعلقين ومجرد كون احدهما مطاوعا لاخر غير مفيد لماعرفت من انه لابد في الصلح من استقلال الطرفين فالمدعى في المثال المتقدم التزم برفع اليد عن دعواه بحذاء التزام المدعى عليه بتسليم نصفها اليه مع ان احدهما اعطى نصف داره للاخر بحسب الواقع مجانا فانها اما للمدعى

فانتقل النصف منه إلى المدعى عليه و اما للمدعى عليه فانتقل نصف منه إلى المدعى كذلك .

و هذا تحقيق لطيف لم يتنبه عليه احد بل غفل عنه بعض الفحول فالتزم بمالا يوافق الاصول ففى جامع المقاصد في شرح قوله ولابد مما يتصالحان به و عليه قال لانه من عقود المعاوضات فلابد من عوضين قيل عليه ان الصلح اذا وقع موقع الابراء كمالو صالحه من الحق على بعضه فانه صحيح لعموم شرعية الصلح و ليس فيه عوضان قلنا يكفى في المغايرة الجزئية و الكلية انتهى .

و فيه ماعرفت من انه ليس بحسب الذات من المعاوضات نعم يفيد فائدتها ويقوم مقامها لما فيه من الاتساع و هذا لايقتضى جريان احكام المعاوضات عليه مع ان الفرق بالجزئية و الكلية في غاية الضعف فان الكل ليس الا الاجزاء فلوعوض ببعض الاجزاء عن الكل فقد عوض عن الشيء بنفسه و غيره و هو غير معقول مع انه لايتم فيما يقوم مقام العارية فان المنفعة ليست جزء من العين فتأمل .

الثانى ان الابراء الحاصل بالصلح بحسب الواقع مجانا غير مقابل بالعوض وهذا لاينافي اعتبار اشتمال الصلح على ايجابين و عدم الانعقاد بالمطاوعة المختصة من احد الجانبين فان العقد المشتمل على الايجاب و القبول مجانا هبة و قد مر ان تمايز العقود ليس بمجرد تمايز العبارات فانها من قبيل المعانى فلا بدلها من فصول مقومة و توهم انها من قبيل الالفاظ فاسد جدا كما مر تحقيقه في اوّل الكتاب مع ان الصلح لا يعتبر فيه لفظ خاص فالتحقيق عدم جواز خلو الصلح عن الايجابين المستقلين و عدم تحققه بالمطاوعة المحضة من احد الطرفين .

و قد يستظهر من الشهيد ره في الدروس التردد فيه حيث قال فلو ادعى دارافأقر له بها فصالحه على سكنى المقر سنة صح ولارجوع ان جعلناه اصلا وجوزناه بغيرعوض و لو انكر فصالحه المدعى عليه على سكنى المدعى سنة فهو اولى بعدم الرجوع لانه عوض عن دعواه و كذا لوكان الساكن المنكر لانه عوض عن جحوده انتهى .

و فيه ما عرفت من اعتبار الفرق بين عدم اعتبار العوض و عدم اعتبار التركب من

الانشائين المستقلين و الفرع المفروض متفرع على الثانى وهو معلوم الفساد .

وفي المسالك في هذا المقام ما يقضى منه العجب حيث قال عند شرح قول المصنف و لو ادعى دارا فانكره و هو في يده ثم صالحه المنكر على سكنى سنة صح و لم يكن لاحدهما الرجوع فكذا لواقر له بالدار ثم صالح وقيل له الرجوع لانه هنا فرع العارية و الاول اشبه .

و انما قيد المصنف بانكار من هو في يده مع جواز الصلح مع الاقرار و الانكار ليتصور كون الصلح المذكور عارية عند الشيخ لانه اباحة منفعة بغير عوض اما لو اقر له بها فان الصلح و ان جازالا ان المنفعة تقابلها عوض و هى العين فلايتحقق العارية مع ان الشافعى لماشرط فيصحة الصلح الاقرار جعله فرعا على العقود الخمسة مثل العارية بما ذكرنا هنا مع كون المدعى عليه مقرابها و وجهه ان العوضين من واحد فكان الحكم راجعا إلى العارية انتهى .

فانك ترى ما في عبارة الشرايع من التصريح بالتعميم فكيف ينسب الشارح اليه التقييد مع ان العلة التى ذكرها في غاية الوضوح من الفساد لان الدار التى هى ملك للمقر له باعتراف المقر تكون عوضا عن المنفعة التى هى ايضا ملكه فهو ملك المنفعة مجانا نعم يمكن ان يقال في صورة الانكار ان المنفعة عوض عن الجحود كما عرفت من تصريح الدروس فالامر بالعكس مما افاده الشارح بالضرورة و لعمري ان مثل هذا من مثله في غاية الغرابة .

و قد ظهر مما مر ما في ما افاده في الجواهر حيث رجح صحةمالو قال صالحتك عن هذه الدار فيقول الاخر قبلت في القائم مقام الهبة ، و قوله في القائم مقام العارية صالحتك عن منفعة هذه الدار سنة مثلا ويقول الآخر قبلت ولكن بعد ما استظهر من العبارة المتقدمة من الكركى انه ارسل اعتبار العوض في الصلح ارسال المسلمات و حكى عن الفاضل التصريح في جملة من كتبه بان من اركان الصلح المصالح عنه و المصالح به وعن موضع من التذكرة انه معاوضة اجماعا تردد في انعقاد الاجماع على خلاف ما اختاره فقال و المتجه ما عرفت ان لم يكن اجماع على خلافه .

وفيه ما عرفت من عدم دلالة كلمات العلامة ره على كون الصلح بنفسه من عقود المعاوضات وان اعتبار الاشتمال على المصالح به والمصالح عنه ليس من اعتبار الاشتمال على العوض في شيء بل صرح في غير موضع بخلافه وقد بينا انه اذا قال المدعى عليه المنكر صالحني على كذا لم يكن اقرارا منه لان الصلح يراد به تارة المعاوضة و تارة قطع الدعوى و الخصومة واذا احتملهما لم تحمل على الاقرار واما ماحكاه عن التذكرة من انه معاوضة اجماعا ففي غاية الغرابة لان العلامة ره قدم صورة الصلح ممحضة في المعاوضة ثم ذكر صورا ليست معاوضة فقال و هذا بخلاف ما تقدم لانه معاوضة اجماعا يعنى ان ما تقدم من الصور معاوضة لا ان الصلح مطلقا كذلك فراجع و تدبر.

ثم قال و لعل ما ذكره غير واحد من صحة الصلح عما في الذمة بالانقص في غير الربوى بل و فيه حتى على القول بعمومه له باعتبار كون هذا الصلح ليس معاوضة بل هوفي معنى الابراء كما اعترف به في الدروس مستدلا عليه بقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لكعب بن مالك لما تخاصم مع آخر اترك الشطر و اتبعه ببقيته وبانه روى عن الصادق عليه الصلوة و السلام ما يشهد لذالك في الجملة ، بل الظاهر عدم الفرق بين أن يكون صورته صالحتك على الف بخمسمائة و بهذه الخمسمائه و ان ظهرت منها صورة المعاوضة .

نعم الاقوى جوازها ايضا لاشتراكهما في الغاية نعم الاقرب كما في الدروس الافتقار إلى قبول الغريم هنا و ان لم يشترط في الابراء القبول لاجل تمام عقد الصلح و على كل حال فمما ذكرنا يظهر لك اولوية الجواز فيما لو صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالا و ان كان بجنسه كما هو مقتضى اطلاق الاصحاب لما عرفت من عدم كونه معاوضة فلايجرى فيه الرباء انتهى .

و فيه أن الصلح عما في الذمة بالانقص له صور بعضها ليس صلحاً حقيقة بل ابراء بلفظ الصلح فانه لايعتبر فيه لفظ خاص كما لو صالح عن دين حال ببعضه كذالك وعن المؤجل ببعضه إلى ذالك الاجل فانه ابراء ولا يفتقر إلى قبول الغريم لان اللفظ و العبارة لا اثر لها في هذه المقامات و الابراء من مقولة الايقاعات وبعضها صلح فاسد كما لوصالح عن الالف بخمسماة حاضرة و قصد المعاوضة ، و بعضها صحيح كهذه الصورة مع

قصد الابراء عن الخمسمائة والتعيين للباقي في الحاضرة وقد مر الكلام في هذه المسئلة.

و بالجملة فتصحيح الصلح عما في الذمة بالانقص لا ينافى اعتبار اشتمال الصلح على الالتزامين المستقلين فان احدهما يلتزم بالابراء في قبال التزام الاخر بالحلول و التعيين و مع الخلو عن الالتزامين ليس صلحا بل مجرد ابراء غير مفتقر الى قبول فليتدبر فانه لا يخلو عن غموض و دقة فتبين بحمد الله تعالى ان الصلح لابد من اشتماله على الالتزامين المستقلين بحيث يكون كل من المتصالحين موجبا من جهة و قابلا من اخرى مع عدم تمايز في البين فيصدق على كل منهما الموجب و القابل من غير تشكيك بل بالتواطى و على سبيل التساوي و انه لم يقل احد من الخاصة بل العامة بانه من العقود الممحضة في المعاوضة نعم يستفاد من بعض كلمات الشافعي و لكنه في غير موضع ايضا مصرح بخلافه.

و ظهر ايضا ان المراد بقيام الصلح مقام الهبة و العارية ليس ما افاده بعض الاساطين فان ما فرضه عين الهبة و العارية لا الصلح القائم مقامهما و لكن لا يخفى انه حيث اعتبر فيه العوض يجرى عليه احكام المعاوضة من حيث هى هى فظهر وجه قولنا «فليك مال الصلح» اي ما يقع الصلح عنه أوعليه ملكا «للمصالح» أو بمنزلته كان يكون وكيلا أو وليا «فما» من الاموال أو الحقوق التى ليس له بل يكون «لغيره» فهو «كغير صالح» اي مثل ما لا يصح تعلق الصلح به كالخمر و الخنزير و الحقوق الّتى لا تقبل الاسقاط والنّقل.

فكما ان الصلح بالنسبة اليها فاسد فكذا الصلح المتعلق بما ليس للعاقد بوجه من الوجوه و لهذا صرحوا بانه لو بان احد العوضين مستحقا بطل الصلح من غير نكير و وجهه ان العوض ركن فيه كما في غيره من عقود المعاوضات.

ان قلت ان الصلح على ما حققت ليس من المعاوضات بحسب الذات ولا يعتبر اشتماله على العوض كما في صلح الحطيطة و الابراء فليس العوض فيه ركنا بل انما اعتبار العوض فيه كاعتبار العوض فى الطلاق و المهر فى النكاح فكما انهما لا يفسدان بظهور العوض مستحقا فكذا الصلح.

قلت ان المناط فى الركنية كون الشيء مقوما للانشاء بحيث ينتفى با نتفائه والعوض

فى الصلح كذلك ضرورة انه لا فرق بينه و بين البيع و الاجارة في نظر المنشيءمن هذه الجهة نعم لاتساع دائرته و عموم فائدته يصح خلوه عن العوض و هذا لا ينافي ركنيته حيث اعتبر فتأمل .

و امّا النكاح فالمهر ليس ركنا فيه مطلقا بل ركناه انما هما الزوجان لان المنشأ فيه انما هوعلاقة الزوجية وهوالارتباط بين الزوجين وليس المقصود به تعويض البضع بالمهر.

ان قلت ان" هذا انما يتم فى الدائم و امّا المنقطع فالمهر فيه ركن بالاتفاق ولهذا يبطل باهماله فيه دون الدائم و مع ذلك لا يبطل بتبين استحقاقه .

قلت لو سلم الحكم فى المتعة فالركنية فيها انماهو بمعنى لزوم الاعتبار فى العقد لا دوران صحة العقد مداره وجودا و عدما كما فى المعاوضات .

و الحاصل ان جريان احكام المعاوضة فى الصلح المشتمل على العوض لا اشكال فيه بل الامر فيه اعظم حيث ان" ظهور الاستحقاق للغير فى غير الصلح ليس مبطلا بخلافه و ذلك لما تقدم فى اوائل الكتاب من ان" للمتصالحين دخلا فى الصلح بخلاف البيع فراجع و تدبر .

و يجرى فى الصلح جميع الخيارات الضررية لعموم دليلها نعم لولم يكن الاقدام على المعاملة اعتماداً على القيمة العادلة لم يكن فيه خيار غبن لان الاقدام على المعاملة على اي" حال فى معنى الاسقاط ولا اختصاص لهذا بالصلح بل البيع كذلك .

نعم يفارق البيع في ان قول احد المتصالحين انه كان معتمدا على القيمة العادلة دعوى يحتاج إلى البيّنة لان بناء الصلح بحسب الذات ليس على المماكسة و المغابنة بخلاف البيع فثبوت الخيار لو ظهر مال الصلح معيبا لا اشكال فيه وأمّا الارش ففيه اشكال من اختصاص دليله بالبيع و من ان" الاصحاب لم يقتصروا فى الحكم على مورد النص لان" مورد النص" انما هوالبيع مع انهم لم يفرقوا بينه و بين المثمن بل حكموا بالارش فى الاجارة و غيرها .

نعم استشكل بعضهم فى ثبوت الارش فيما إذا ظهرت العين المستاجرة معيبا مع جزمه بثبوته مع ظهور العيب في الاجرة فتوهم بعض الاجلة ان التامل فى ثبوت الارش

في هذه الصورة لاختصاص الدليل بالبيع .

و فيه ما لايخفى لانه يقتضى التردد في ثبوته في عيب الاجرة ايضا و انما الفرق من ان المنفعة ليست لها خلقة اصلية فلا يتصور العيب فيها و العيب في العين لا يستلزم العيب في المنفعة بل قد يوجب كمالها وايضاانما يتعدى من مورد النص* إلى مايشابهه و المشابه للمبيع الذى هو من الاعيان انما هو الاجرة التى هى أيضاً كذلك لا المنفعة فتدبر فانه لا يخلو عن دقة .

و الحاصل ان* الصلح تجرى فيه الاقالة و الخيارات التى تعم ادلتها كالغبن بناء على كونه اصلا و اما على التبعية* فلا تجرى الاقالة فيمقام الابراء و كذا الخيار وانما يتبعمايفيد فائدته والىهذا اشرنابقولنا «وانما يفسخ بالاقالة و بالخيارات على الاصالة» فعلى الاصالة تجرى فيه الخيارات العامة فتعود الذمة مشغولة بعد ماكانت بريئة بالاقالة ولا تجرى الخيارات الخاصة كالمجلس و الحيوان الا على التبعية فالحصر الذى اشرنا اليه في النظم اضافي فتدبر ولا تغفل .

مسئلة لو كان معهما درهمان فادعاهما احدهما و ادعى الاخر احدهما كان لمدعى الدرهمين درهمو نصفهاو للاخر النصف الاخر فقط ان كان التداعي على المعين لاالمشاع ولم تكن لاحدهما بينة و حلفا معالان مدعى احدهما غير منازع للاخر في احد الدرهمين وقد تساويا يدا و دعوى في الاخر و حلف كل* منهما على استحقاق النصف الذى يدفع اليه من الدرهم الاخر الذى تصادمت دعواهما فيه .

و هذا الحكم مع انه على وفق الضوابط العامة اجمع عليه اصحابنا الامامية و ورد به الصحيحان ولاينافى صحتهما الارسال لانجباره فيهما بالشهرة مع ان فى سنديهما ابن ابى عمير و عبدالله بن المغيرة المدعى على تصحيح روايتهما اجماع العصابة مع ان* الثاني ارسله عن غير واحد من اصحابنا و هذا النحو من الارسال يلحق بالصحيح عند جماعة: في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي و قال الاخرهما بيني و بينك قال فقال ابوعبدالله عليه السلام اما الذى قال هما بيني و بينك فقدا قر بان احدالدرهمين ليس له فيه شيء و انه لصاحبه و يقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين .

و بالجملة فالحكم في المسئلة المفروضة مما لا ريب فيه و انما الاشكال في شمول هذا الحكم ما لو ادعى احدهما الدرهم مشاعا فان مقتضى القاعدة حينئذ تنصيف الدرهمين بينهما لانتفاء التداعى حينئذ بل المدعى انما هو مدعى الدرهمين و المنكر هو الاخر فعلى الاول البيّنة و مع عدمها يحلف منكر الاختصاص .

وقد يتوهم اطلاق الرواية و شمولها لهذه الصورة ايضا بل ظهورها في صورة دعوى الاشاعة بقرينة قوله «هما بيني و بينك» فان اللايق بدعوى اختصاص احدهما به قول احدهما لي و الاخر لك و فيه انّ قوله عليه السلام في التعليل فقد اقربان احد الدرهمين ليس له فيه شيء اظهر في دعوى الاختصاص فانّ التعليل لا يتم الا في صورة دعوى الاختصاص لان الاقرار بانّ احد الدرهمين على سبيل الاشاعة لصاحبه في قوة الاقرار بانّ الدرهمين نصفه للمقر له و هذا لا ينافي كون النصفين الاخرين للمقر بل انما اعترف بما يقتضيه اليد لو كان المراد بكونهما بينهما عدم اختصاصهما باحدهما وكون الاثنين بين الاثنين يصدق مع اختصاص واحد معين بواحد منهما و الاخر بالاخر ولو سلم عدم ظهورها في التعيين فالاطلاق ممنوع فهى مهملة و لكونها بمنزلة الجزئية لا يثبت بها الا التنصيف في صورة دعوى الاختصاص التى هى المتيقنة لكونه فيها على وفق الضوابط العامة .

و امّا مع دعوى الاشاعة فهذا الحكم مخالف للقواعد مع انّ ظاهر التعليل انّ هذا الحكم على وفق الضوابط العامة مع انه من البعيد اختصاص هذه الواقعة بحكم خاص دون ما يشبهها فان الحكم في مطلق المشاع المتنازع فيه ليس كذلك مع انّ الاصحاب ايضا انما فهموا مطابقتها للضوابط و لهذا علل الحكم في السرائر باقرار احدهما لصاحبه بدرهم و ثبوت يدهما على الاخر .

قال انّ الحكم ان يعطى المدعى لهما معا درهما لاقرار صاحبه بذلك و يقسم الدرهم الباقي بينهما نصفين لانّ يدهما عليه انتهى ولم يذكر الرواية بل انما استند الى القاعدة و لهذا بعينه حكم العلامة بالتحالف مع خلوّ الرواية عنه و خصّه الفاضل المقداد بصورة دعوى الاختصاص مدّعيا انه مداول الرواية المشهورة خاصة و كذا الشهيد

قده في الدروس حيث قوى قسمة الدرهمين نصفين في صورة دعوى الاشاعة و ارتضاه جامع المقاصد بعد ما حكاه عنه كارتضائه التحالف و كذا ثاني الشهيدين في الكتابين فظهر منه ارتضاء الحكمين .

و بالجمله فاما ان يكون الدرهمان بيد واحد منهما فيحكم بهما له ان كان مدعيا لهما و بواحد منهما ان ادعاه خاصة مطلقا سواء كانت على الاشاعة أو التعيين و يحلف الاخر و ان كان بيد ثالث فيحكم له مع تكذيبهما و يعمل باقراره مع التصديق و اما ان يكون بيدهما معا فيحكم بواحد منهما لمدعيه على الاشاعة مع حلفه لمدعى الاختصاص و ينصف بينهما مع تخصيص مدعيهما بواحد تام منهما و يحلفان على النصف الذي يأخذانه .

هذا هو الموافق للضوابط و الاصول و المطابق لكلمات الفحول ولا ينافيه اطلاق كلمات بعضهم فانها كالرواية ناظرة إلى هذا التفصيل مع ان اهمال الرواية كاف في المقصود ، لعدم الدليل على التعدى .

و من هذا تبين ما فيما ارتضاه في الرياض وتبعه صاحب الجواهر من اطلاق الحكم بالنسبة إلى صورتى دعوى المعين و الاشاعة مع عدم لزوم الحلف استنادا إلى اطلاق الرواية وكذا ما اورده على الشهيد و العلامة من ان ما افاداه اجتهاد في مقابلة النص فانك قد عرفت عدم دلالة النص الا على ثبوت الحكم في صورة دعوى الاختصاص وانها بالنسبة إلى اليمين مهملة و لظهورها في كون الحكم على وفق الضوابط العامة يحكم بالتحالف عملا بها فما حكما به مطابق للنص و شانهما اجلّ مما رميا به فالحكم بالاطلاق اولى بأن يكون غفلة عما تدل عليه الرواية من كون ما فهمه منها اهل الدراية اجتهادا في مقابلة النص نعوذ بالله من سوء الظن باساطين الفن .

و امّا ما اورد على التذكرة ايضا من عدم تمامية احلاف كلّ واحد منهما في صورة الدعوى على الاشاعة لاختصاص الحلف بمن ينكر اختصاص الدرهمين و البينة بمن يدعيهما معا لان كلا من النصفين من كلّ منهما بيد كلّ منهما فمدعيهما معا خارج

بالنسبة إلى النصفين ومع ذلك يستحق بعد الحلف الدرهم كملا لا النصف فمندفع ايضاً بان المفروض في كلامه دعوى التعيين .

و اما صورة دعوى الاشاعة فلا دلالة لكلامه على شمول الحكم له حيث قال مسئلة لو كان في يد شخصين درهمان فادعاهما احدهما وادعى الاخر واحدامنهما اعطى مدعيهما معا درهما و كان الدرهم الاخر بينهما نصفين لانّ مدعى احدهما غير منازع في الدرهم الاخر فنحكم به لمدعيهما وقد تساويا في احدهما يدا ودعوى فيحكم به لهما هذا إذا لم توجد بينة و الاقرب انه لابد من اليمين فيحلف كلّ منهما على استحقاق النصف الاخر الذي تصادمت دعواهما فيه فمن نكل منهما قضى به للاخر ولو نكلامعا او حلفا معاقسم بينهما نصفين لما رواه عبدالله بن المغيرة عن غيرواحد من اصحابنا الحديث انتهى فانه ره فرض المسئلة فيما لو ادعى احدهما احد الدرهمين و مدعى الاشاعة يدعى كلا الدرهمين على الاشاعة لا احدهما .

و يدلّ على هذا تعليله ايضا بانّ مدعى احدهما غير منازع للاخر في الدرهم الاخر فانّ مدعى الاشاعة منازع في كل من الدرهمين ولا يعترف للاخر بواحد منهما بالتمام و لهذا يحكم بتنصيف كل منهما بينهما بعد حلف منكر الاختصاص هذا .

ولا يخفى انّ الحكم بالتنصيف امّا لتساوى اليدين وكونهما امارة على التنصيف فانه لاتعارض بينهما لانها انما تدل على الاختصاص مع الانحصار و اما مع الانضمام إلى مثلها فانماتدل على الاشتراك وهوالاظهروااما لعدم الدليل على اعتبارها حينئذ وان المسلم المدلول عليه بالاخبار دلالتها مع عدم المعارض غاية الامر دلالتهما على نفى الثالث ودوران المال بينهماواماكونه بينهما على التنصيف فلا ومع الدلالة فاعتبارها لادليل عليه كما قيل.

و اما دلالة كلّ منهما على اختصاص المال بصاحبها بالتمام و تعارضهما من هذه الجهة و تساقطهما فلا وجه له بل مخالف للعرف و لحكمهم فيما لو لم يزعج الغاصب المالك بضمانه نصف الدار فلو كان لكلّ منهما اليد على تمام الدار لم يكن وجه لضمان الغاصب لعدم الضمان عند التادية فتأمل .

فظهرما فيما افاده في الجواهر حيث قال بعد ما اعترف بان ظاهر الخبرين انّ

الحكم المزبور على وفق الضوابط لا انه تعبد صرف و من هنا امكن ان يقال بان الوجه في عدم اليمين من احدهما انه بعد تساويهما في اليد المقتضية لملك كلٍّ منهما الكل الذى لا يختص الخروج عن التعارض فيها المنافى لقاعدة عدم ملك المال المتحد للمالكين بالنصف الذى هو خلاف مقتضاها لامكان الحكم بكونه لواحد منهما و يستخرج بالقرعة او بغير ذلك .

فاليد حينئذ بعد ان كانت كذلك لا تصير احدهما منكرا عليه اليمين بل هما بعد أن تساويا من هذه الجهة صارا بحكم من لا يد لاحدهما و المتجه فيه قسمة المال بينهما نصفين قطعا للدعوى فهو كالصلح القهرى بينهما بذلك ، لا انّ النصف مقتضى يد احدهما حتى يكون منكرا بالنسبة إلى دعوى الاخر عليه و كذا العكس فيكونا كالمدعى من وجه و المنكر من آخر فيتحالفان ضرورة ثبوت الحكم المزبور في غير ذوى الايدى كما تسمعه في الوديعة و في التداعى في المال المطروح و نحوهما و اليد انما قضت بالجميع و معارضتها بالاخرى لا يقتضى التنزيل على النصف الذي هو خلاف مقتضاها .

و حينئذ فليس النصف المحكوم به في النص و الفتوى الا لقطع الخصومة بينهما بذلك بالعدل و الانصاف لعدم تحقق الدعوى من احدهما و الانكار من آخر لكون المفروض تساويهما من كل وجه ففى الحقيقة ليس الا دعوى واحدة و هى ملكية الدرهم الا ان احدهما يدعى انها له و الاخر كذلك ولا ترجيح لاحدهما بعد معارضة كلٍّ منهما للاخرى الموجب للتساقط نحو البينتين المتعارضتين من كلّ وجه فيقسم المال بينهما على احتماله فيهما بحسب دعواهما فان كانا اثنين فالنصف و ان كانوا ثلثة فالثلث و هكذا قطعا للخصومة بينهما بالعدل و الانصاف فهو كالصلح القهرى انتهى .

وجه النظر ما عرفت من انّ اليد المنضمة إلى مثلها لا يقتضى ملك الجميع بل انما يقتضى الملك بالنسبة ففى الاثنين النصف و في الثلاثة الثلث و هكذا .

فاليد في المسئلة المفروضة منهما تقتضى الاشاعة في كل منهما و حيث اعترف احدهما باختصاص واحد منهما بصاحبه سقطت اليد بالنسبة اليه و بقى حكمها بالنسبة إلى الاخر فاليدان المجتمعان على الدرهم تقتضيان الاشاعة والتنصيف فكل منهما بالنسبة

إلى النصف مدع لخروجه و بالنسبة إلى النصف الاخر منكر فيعطى كل منهما النصف عملا باليد عند عدم البينة على خلافها و يحلف الاخر المدعى اختصاصه به لخروجه بالنسبة إلى النصف .

و الحاصل ان ظهور الرواية في كونها على وفق الضوابط العامة كما يستفاد من العلامة و الشهيدين و المحقق الثاني و الفاضل المقداد و نص عليه في الجواهر يقتضى ما اخترناه من التحالف و ان التنصيف لدلالة اليد على الاشتراك و تخصيص احدهما بواحد منهما للاعتراف و عدم دعوى الاشاعة فان مقتضاها مع دعوى الاشاعة قسمة كل منهما نصفين كما عرفت من نص التنقيح و الدروس و الجامع و مع عدم دلالة اليد الا على نفى الثالث مقتضاها القرعة للعلم باختصاصه باحدهما مع الجهل بالواقع و عدم كون المقام مجرى شيء من الاصول .

فالحكم المزبور لا ينطبق على القواعد الا بدلالة اليدين على الاشاعة في الدرهمين و بطلانها في احدهما بالاعتراف من احدهما باختصاصه بصاحبه و الظاهر ان دلالة اجتماع الايادى على الاشاعة مسلمة بين هؤلاء الفحول حيث حكموا بان مقتضى الاصول مع دعوى الاشاعة تنصيف كل من الدرهمين و ان يحلف منكر اختصاصهما خاصة فانه لولا اقتضاء اليد ذلك لم يكن له وجه و لكنه على ما وجدت في التهذيب من كون بينهما مكان معهما فلا يستظهر منها كونهما تحت ايديهما الا ان يستظهر من ظهور التعليل في انطباق الحكم على القواعد فتأمل .

ثم قال و منه يعلم الوجه حتى في الدعوى بالاشاعة ضرورة انها لا تنافى الاقرار بالدرهم الكلى المشاع المنطبق على نصفى الدرهم و الثلثين من درهم و الثلث من آخر و هكذا فيبقى النزاع بينهما في الدرهم الاخر على الاشاعة فيدعيه المقر له بالدرهم الاول مضافا إلى ذلك الدرهم و الاخر يدعيه له فيقسم بينهما نصفين على الاشاعة للقاعدة التى ذكرناها التى قداوما اليها في الخبرين السابقين المعتضدين بالفتوى المجردة عن ملاحظة اقتضاء اليد الموجبة لتوهم ان مدعى الدرهم الاخر المنضم إلى ما اقتضته يده من النصف الذي هو درهم ايضا مشاع ملفق ـ مدع صرف و الاخر منكر باعتبار انه

قد ادعى عليه ما اقتضته يده فيحلف و يستحق النصف المشاع و هو الدرهم الملغى ان قد عرفت الغاء اليد في المقام و ان الحكم بالنصف نصا وفتوى لقطع الخصومة بينهما بعد تساويهما من كل وجه انتهى .

و هذا الكلام كما ترى فان دلالة اليدين على الاشاعة مما لا تقبل الانكار فانها لا ريب في دلالتها على الملك من حيث هي غاية الامر ان اليد المنفردة تدل على الانفراد و الاختصاص بالملك و اليد المنضمة تدل على الاشتراك و من المعلوم قصورها عن افادة الاختصاص مع الانضمام لا للتساقط بالمعارضة بل لانها لا تدل الا على الملكية بحسب السلطنة و اليد المنضمة سلطنة ناقصة فلاتصلح للدلالة على الملك التام فلاتعارض بينهما ولا وجه لعدم دلالتها مع الانضمام على الملك اصلا لانها مقتضى ذاتها و الانضمام انما ينافي الاختصاص فتدبر، و العلم عندالله تعالى .

تتميم :

مقتضى الاصول اختصاص الحكم المذكور بماكان الدرهمان تحت يدى المتداعيين و اما إذا دار الامر بينهما مع عدم ثبوت يد منهما عليهما فمقتضى الاصول القرعة ولكن في باب الزيادات في القضايا و الاحكام من التهذيب مسئلة لو كان لرجل دينار و لاخر ديناران و اودع الواحد من اثنين ديناره عند شخص و ذاك الذي يملك الدينارين اودع ايضا عند هذا الودعى دينارين و ضاع من عند الودعى دينار واحد مجهول لا يعلم انه من صاحب الواحد او من صاحب الاثنين فذو الدينارين التامين المنقسمين إلى الانصاف الاربعة يعطى ثلثيه اى دينارا تاما و نصفا و يعطى الاخر نصفا .

امّا تخصيص الاول بالدينار فللقطع بكون واحد من الاثنين له خاصة لعدم امكان الاشاعة و اما تنصيف الاخر بينهما فلتساوى نسبته اليهما فهو على وفق العدل و الانصاف .

هذا ما ادعى شهرته بين الاصحاب و المستند ما رواه السكونى عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في رجل استودع رجلا دينارين و استودعه آخر دينارا نضاع دينار

منهمافقال عليه السلام يعطى صاحب الدينارين دينارا و يقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين و هو ممّن ادعى اجماع العصابة على تصحيح ما يصح عنه و مع ذلك وثقه جماعة مع انّ الضعف على تقديره منجبر بالشهرة .

هذا والذي يؤدى اليه النظر القاصر انّ الحكم مع عدم الامتزاج القرعة و اما معه فان كان باختيار الودعى من غيراذن فيضمن التالف و الا فوجوه التثليث لحصول الاشاعة حقيقة أو حكما بالامتزاج تعبدا مع عدم الامتياز بالاجماع كما يظهر من كلماتهم في كتاب الشركة و التنصيف نظرا إلى ان الشركة التنزيلية انما هى للاشتباه ولا اشتباه في واحد منهما و انما هو في احدهما فقط و الشركة الحقيقية لا وجه لها في مثل المقام و القرعة نظرا إلى اختصاص الشركة بالامتزاج التام كما في المائين لامجرد الامتزاج الرافع للامتياز كما هو الحال في مطلق المثليات و بعض الاحوال في القيميات و مع الالتزام بتنزل الامتزاج الرافع للامتيازمنزلة الاشاعة فلا وجه لتخصيص الحكم بصورة الامتزاج .

بل يجب الالتزام به مطلقا لانّ موضوع الحكم الاشتباه ولا دخل لخصوص الامتزاج بل انما هو لتحصّل الاشتباه اوسطها و عليه تنزل الرواية و تساعد عليه كلمات الاصحاب فانّ المحقق قيده في الشرائع بالامتزاج وكذاالعلامة في التذكرة و القواعد و الشهيد في اللمعة و ظاهر الشهيد الثاني في الكتابين ارتضاء التقييد و ما اخترته هو المطابق للضوابط و الاصول .

و الرواية المزبورة لا يمكن الاستناد اليها في مخالفة اصول المذهب فانّ ضعف السكوني مشهور والاجماع المنقول على تصحيح ما يصح عنه لا حجية فيه و انجبار الضعف بالشهرة مطلقا ممنوع و كشفها في المقام عن وجود ما يصلح للاستناد اليه ايضا ممنوع مع انّ اشتهار الفتوى بها مطلقا ايضا ممنوع غاية الامر اشتهار اطلاق الكلام كالرواية و هذا لا يثبت به الفتوى على الاطلاق و ان كان ظاهرا فيه و لكن الاهمال في فتاوى القدماء مع اهمال الدليل غير عزيز بل الغالب الافتاء على مضمون الاخبار فلعل اهمال الفتاوى لاهمال الرواية وهذا لايثبت به الاالعمل بها في الجملة و هوغيرمنكر

فاني ايضاً اعمل به كذلك .

مع انّ المشهور بين المتاخرين تقييد الرواية فانّ الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني و الفاضل المقداد قيدوه بالامتزاج و هو الظاهر من الشهيد الثاني ايضا ولا وجه له الا تطبيق الحكم على القواعد فانّ الامتزاج يورث الشركة و ليس هذا لعدم الاعتداد بالرواية حتى يدفع بما مر من وجوه الحجية فانهم استدلوا بها للحكم بعد التقييد بما مر بل انما هو لعدم دلالتها الا على ثبوت الحكم في الجملة فلا اطلاق لها اولان الشهرة الجابرة لم تثبت بالنسبة إلى اطلاقها و مجرد اشتهار العمل بها لا يجبر ضعفها مطلقا بل بحسب الشهرة .

و يحتمل ان يكون المراد من الرواية الارشاد الى الصلح الاختيارى بالتنصيف و انه ينبغى لهما ان يتصالحا عليه و ظاهر عبارة الدروس انّ كلمات الاصحاب ايضاً لا تابى عن ان يكون هذا صلحا اختيارياً و لعله لهذا نفى البعد عن القول بالقرعة في الدروس و التنقيح و اختار في التحرير القسمة اثلاثا كما هو مقتضى الاشاعة .

و بالجملة فلم يظهر منهم الاتكال على هذه الرواية في رفع اليد عن الضوابط العامة و التزامهم بحكم مخالف لها استنادا اليها مع انها في حد ذاتها قاصرة عن افادته سندا بل دلالة و لنتبرك بنقل جملة من عباراتهم ليظهر عدم التزامهم بما يخالف الاصول استنادا إلى هذه الرواية بل كلماتهم في غاية الاضطراب ولو لم يكن فيها قصور لم يكن للتامل في الحكم مجال .

قال في التذكرة لو اودع رجل عند آخر دينارين و اودعه آخر دينارا وامتزجا ثم ضاع دينار منهما فان كان بغير تفريط منه في الحفظ ولا في المزج بان اذناله في المزج او حصل المزج بغير فعله ولا اختياره فلاضمان عليه لاصالة البراءة ولو فرط ضمن التالف هذا بالنظر إلى المستودع و امّا المال الباقي فانه يعطى صاحب الدينارين دينارا لان خصمه يسلم له انه لا يستحق منه شيئا و يبقى الدينار الآخر يتصادم دعواهما فيه فيقسم بينهما نصفين لما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام وذكر الرواية فقال :

ولو كان ذلك في متساوي الاجزاء الممتزج مزجا يرفع الامتياز كما لو استودعه احدهما قفيزين من حنطة او شعيراو دخن او شبهه و استودعه الاخر قفيزا مثلها ثم امتزج المالان و تلف قفيز من الممتزج فان الاقوى هنا ان يقسم المال التالف بينهما على نسبة المالين فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث قفيز و لصاحب القفيز ثلثاقفيز و الفرق ظاهر لان احد الدينارين غير مستحق لصاحب الدينار انتهى فهو كما ترى خص الحكم بما لو امتزجا و تصادمت دعواهما في احد الدينارين مع ان الرواية مطلقة ولا اشعار فيها بالامتزاج فان الاشتباه لا يتوقف عليه بالضرورة .

و قال في الدروس ولو اودعه واحد دينارين و آخر دينارا فضاع دينار و اشتبه ففى رواية السكوني لصاحب الدينار نصف دينار و للاخر الباقى و العمل بها مشهور و هنا الاشاعة ممتنعة ولو كان في اجزاء ممتزجة كان الباقى اثلاثا ولم يذكر الاصحاب في هاتين المسئلتين يمينا و ذكروهما في باب الصلح فجائز ان يكون ذلك الصلح قهريا و جايز ان يكون اختياريا فان امتنعا فاليمين و الفاضل في احد اقواله يحكم في مسئلة الوديعة بان الدينارين الباقيين بينهما اثلاثا كمختلط الاجزاء وفيه بعد و لو قيل بالقرعة امكن انتهى .

فهذا الكلام يشتمل على وجوه و احتمالات منها كونه صلحا قهريا و منها كونه اختياريا و مع الامتناع من احدهما يحلف الاخر و ياخذ الدرهم و اما مع الامتناع منهما من التصالح و التحالف فلا دلالة لكلامه على الحكم ولابد امّا من القرعة او التنصيف للانصاف و منها القرعة من غير يمين ولاوجه لهذه الوجوه مع صلاحية الرواية للاستناد اليها و استفادة الحكم منها فتأمل .

و في التنقيح الثانية ذات الايداع فان كان التلف عن تفريط غرم المستودع التالف سواء أذنا في المزج اولا و ان كان لا عن تفريط وكان المزج بغير اذنهما فكذلك و ان كان باذنهما أو حصل المزج بغير اختيار المستودع ففى الرواية عن السكوني لصاحب الدرهم نصف و للاخر الباقى و العمل بها مشهور ولا يمكن هنا دعوى الاشاعة

كما في الاول لانّ ذلك خلاف الفرض لكن السكوني ضعيف و الشهرة ليست حجة فالاجود حينئذ ان يقال ان كان ذلك في اجزاء ممتزجة قسم الباقى اثلاثا و ان كان في غير الممتزج فالعمل كما في الرواية و قال العلامة في التحرير يقسم الباقى على نسبة المالين كما قلناه في الممتزج و هو بعيد نعم لو قيل بالقرعة هنا لم يكن بعيدا .

بقى هنا سؤال و هو انه هل في العمل بمدلول الروايتين في المسئلتين يمين ام لا فنقول لم يذكر الاصحاب فيهما يميناً و ذكروهما في باب الصلح فجاز ان يكون الصلح قهريا و جاز ان يكون اختياريا فان امتنعا فاليمين انتهى .

و هذا الكلام كما ترى مع انه ضعف الرواية صريحا فالتنصيف في غير الممتزج انما هو للقاعدة الكلّية على ما يقتضيه نصّ كلامه و فيه من الاضطراب ما ترى مثلها في الدروس بل عينه و الظاهر انّ ما في الدروس ماخوذ منه .

و بالجملة فالذي يستفاد من هذه الكلمات انّ التنصيف على القول به ان لم يكن بالصلح الاختياري فهو للشركة التنزيلية الحاصلة بالمزج الرافع للامتياز و هذه قاعدة كلية لا اختصاص لها بهذه المسئلة فان الامتزاج في المتماثلات من الوجوه المورثة للاشاعة اتفاقا على ما يظهر من كلماتهم في كتاب الشركة .

إن قلت نعم و لكن مقتضى الاشاعة التثليث لا التنصيف كما اختاره العلامة في التحرير .

قلت هذا مقتضى الشركة الحقيقية واما الشركة التنزيلية فانما هى لمكان الاشتباه و العدل في الحكم فيدور الحكم مداره و المفروض انه لا اشتباه في اختصاص احد الدرهمين باحدهما و انما الاشتباه في الدرهم الاخر فهو كما لو كان لكلّ منهما درهم و امتزجا ثم تلف احدهما فانّ الشركة حينئذ في التنصيف فكذا هنا لان الاشتباه الذى هو موضوع هذا الحكم التنزيلى مختص باحدهما .

ان قلت انّ هذا لا يلايم اطلاق كلماتهم في كتاب الشركة حيث حكموا باشتراك الشريكين في الربح والخسران على حسب رأس المال ولم يفصلوا بين ما استعمل مجموع المالين الممتزجين في التجارة و بين ما وقعت على بعضها خاصة مع انّ مقتضى ما قررته

التفصيل فانه إذا امتزج دينار بثلاثة و اتجر بثلاثة من الاربعة خاصة فلا شبهة في ان الاثنين منهما لصاحب الثلاثة و انما الاشتباه في واحد منها فمقتضى اطلاق الكلمات ان لصاحب الدينار ربح الربع و للاخر الباقي و مقتضى ما قررت انّ له السدس لانّ الاشتباه انما هو في ربح درهم واحد و نصف ربحه سدس ربح الثلاثة .

قلت نعم لكن هذا الاطلاق لا حجية فيه ولا مدرك لهذا الحكم ايضا مع ان جعل التنصيف هنا مقتضى القواعد لا يلايم اطلاق الفتوى بالاشتراك في الربح و الخسران فيستظهر من هذا الحكم منهم اختصاص الحكم المزبور ببعض الصور .

مع انّ لنا ان نمنع من الاشاعة التنزيلية بمجرد الاشتباه الرافع للامتياز حتى في المشتبه وانعقاد الاجماع عليه ممنوع فانّ الفاضل والشهيد قده نفيا البعد عن القول بالقرعة مع فرض الامتزاج ولو كان مفيدا للشركة بالاجماع كان هذا القول في غاية البعد بل بمكان من الوهن و السقوط مع انّ ثاني الشهيدين اختار القول بالقرعة في المقام بعد تضعيف الرواية في المسالك و الروضة فكيف يمكن دعوى الاتفاق على افادة المزج للاشاعة لحصول الاشتباه .

قال في الاول بعد الحكم بان التنصيف هو المشهور بين الاصحاب و يشكل الحكم مع ضعف المستند بانّ التالف لا يحتمل كونه منهما بل من احدهما خاصة لامتناع الاشاعة هنا و الموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة و مال اليه في الدروس الا انه تحاشى عن مخالفة الاصحاب و مقتضى الرواية ان يقسم كذلك و ان لم يتصادم دعواهما في الدينار و انه لا يمين و لذا لم يذكر الاصحاب هنا يمينا بناء على كون الحكم المزبور قهريا كما ذكر في الدروس في المسئلة السابقة .

و ربما امتنعت اليمين هنا إذا لم يعلم كلّ منهما بعين حقه ولو كان بدل الدراهم مال يمتزج اجزاؤه بحيث لا يتميز و هو متساويها كالحنطة و الشعير و كان لاحدهما قفيزان مثلا وللاخر قفيز و ثلث قفيز و تلف قفيز بعد امتزاجهما بغير اختياره فالتالف على نسبة المالين و كذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث و للاخر ثلثا قفيز و الفرق ان الذاهب هنا عليهما معا بخلاف الدرهم لانه حق احدهما خاصة قطعا انتهى .

فهذا الكلام صريح في ان مجرّد الامتزاج المورث للاشتباه لا يورث الاشاعة بل الاختصاص باق على حاله و الحكم بانّ التلف في الا قفزة الممتزجة من كل من المالين على حسبه انما هو لان التلف انما يكون من كل منهما على حسبه بمقتضى الامتزاج لا من جهة الاشاعة ايضا و هكذا عبارته في الروضة .

فظهر انّ افادة الامتزاج للشركة ممنوعة مطلقا الا في المزج التام الموجب لوحدة الامور المتعددة مع انه لو كان الموجب للحكم بالشركة الاشتباه فلا وجه لاعتبار المزج بل ينبغى الاكتفاء بمجرد الاشتباه ولا اظن احدا يلتزم باشتراك المالكين بمجرد اشتباه المالين .

و بالجملة فمقتضى القواعد ما اختاره ثاني الشهيدين الا ان يثبت ان الشركة تحصل بالمزج فان لم تكن دائرة مدار الاشتباه كان الحكم ما اختاره في التحرير و الا فالتنصيف و هذا هو الاظهر لشهرته بين الاصحاب مع ورود الرواية و مطابقته للقاعدة الكليّة المسلمة بينهم في الجملة ولكن حصول الاطمينان مشكل فتدبر فان المسئلة لا تخلو عن اشكال والله العالم .

و الذى يؤدى اليه النظر الآن ان اعتبار العلامة في التذكرة الامتزاج في العنوان انما هو للتنبيه على عدم كونه في المقام مورثا للتثليث لان عين احد الدينارين غير مستحق لصاحب الدينار و الا فالحكم بثبوته في غير صورة الامتزاج اظهر فأفاد التنصيف مع الامتزاج بالصراحة و مع عدمه بالفحوى كما انه نبه على عدم كون التداعى في المقام مورثا للتحالف بقوله يتصادم الخ فان كون المسئلة اعم من ذلك واضح وقداشار إلى انّ القاعدة هى القرعة و التحالف عند التداعي بتعليل الحكم بالرواية .

و الفاضل المقداد تبعه في اعتبار المزج و خالفه في الاستناد إلى الرواية و هومن الفساد بمكان و تنبه لذلك في الدروس فتبع التنقيح في غير اعتبار الامتزاج و الحاصل انّ الظاهر اطباقهم على انّ التنصيف و عدم اليمين على خلاف القواعد فافهم .

و من هذا كله يظهر ما في ما في الجواهر من اختيار الحكم مطلقا استنادا إلى

الرواية قال ره بعد ما نقل ما في المسالك و الدروس و ما فيه من احتمال القرعة وفيه انها عند الاشكال ولا اشكال بعد النص و الفتوى و القاعدة التى اشرنا إليها في قسمة المال بين مدعيه قلوا او كثروا بالسوية بعد فرض استوائهم فى قطع الدعوى المنزل منزلة الصلح القهرى فيما بينهم .

و منه يعلم ما فى احتمال كونه اختياريا ضرورة امكان القطع بعدمه من النص و الفتوى كالقطع بعدم اليمين فى جميع الصور حتى المسئلة الاولى التى حصل الاشتباه فى مالك المال من ان تعاقب ايديهما المقتضية ملك كلّ واحد منهما بعد معلومية عدم ملكية المال المتحد لمالكين، و ابطال اقتضاء كلّ من اليدين فى النصف ليس باولى من القول بحصول الاشتباه فى مالك الكلّ الذى هو مقتضى يد كلّ منهما فيكون مالا مشتبها دائرا بينهما تاتي فيه القاعدة السابقة انتهى فان فيه مواقع للنظر .

منها قوله ولا اشكال بعد النص و الفتوى الخ وجه النظر ما عرفت من ضعف الرواية و تضعيف جماعة من الاساطين اياها و المنع من انجبارها بالشهرة وعدم ثبوت عمل المشهور بها فلعل الحكم بالتنصيف انما هو للاشاعة الحاصلة بالامتزاج والاختلاط لا للتعبد بهذه الرواية الضعيفة و القاعدة المدّعاة لا دليل عليها بل القاعدة في مثل المقام اعمال القرعة فانها لكلّ امر مشكل كما احتمله الشهيد و الفاضل المقداد و اختاره الشهيد الثاني .

ومنها قوله ومنه يعلم ما في احتمال كونه اختياريا وجه النظر ان كون الرواية وفتوى المشهور نصا في كون التنصيف صلحا قهريا لا يوجب القطع به مع ضعف الرواية فضلا عن ظهورهما فيه مع صدور الاحتمال من مثل الشهيد و الفاضل المقداد بل ذهاب ثاني الشهيدين على خلافه كما عرفت مع ان امكان القطع لا حجية فيه بالضرورة بل كون السبب مفيدا للقطع عادة ايضا لا ينفع و انما المناط هو القطع الشخصى الفعلي و ان حصل من غير الاسباب العادية المتعارفة .

و منها قوله كالقطع بعدم اليمين في جميع الصور الخ وجه النظر ان القطع بالعدم من اطلاق النص بل اهماله و بعض الفتاوى من مثله بعيد ، مع ذهاب مثل آية

الله العلامة و من تاخر عنه إلى خلافه و اما ما ذكره مدركا للقطع و هو قوله من ان تعاقب يديهما المقتضية ملك كل واحد منهما الخ ففيه ما تقدم من منع اقتضاء كل من اليدين ملك الجميع وأن التنصيف مقتضى اجتماع اليدين و انضمامهما المقتضى للاشاعة و التعاقب المفروض في كلامه خلاف الفرض فان الحكم في التعاقب غير ذلك فتدبر.

ثم قال و اما ما حكاه عن الفاضل فهو كما ذكر في غاية البعد مع فرض الاشتباه بدون الامتزاج ضرورة عدم حصول الشركة بينهما بذلك انتهى.

و فيه ان الضرورة المدعاة ممنوع بل مدخلية خصوص الامتزاج لا دليل عليها و يبعد ان يكون المناط في الشركة هو الاشتباه مطلقا ولو سلم فالحكم في كلمات الجماعة مقيد بالامتزاج و تعليلهم له مع هذا التقييد بالرواية يفصح عن تقييد الرواية به ايضا و انهم لم يفهموا من الرواية الاطلاق بالنسبة الى غير صورة الامتزاج فتدبر.

تنبيه: لا اشكال في حرمة تصرف من علم منهما بعدم استحقاقه للنصف المدفوع اليه حيث قلنا بالتنصيف كما انه لا اشكال في جواز تصرف كل منهما في حصته فان تنجز التكليف بالعلم الاجمالى انما هو حيث كان التكليف على جميع التقادير متوجها إلى المكلف و انما يتوجه النهى إلى المكلف على تقدير كون المدفوع ملكا للغير اما على تقدير كونه له فلا والعلم بتوجه النهى اما اليه و اما إلى صاحبه لا اثر له لان النهى على تقدير التوجه إلى صاحبه لااثر له بالنسبة اليه كما في واجدى المنى في الثوب المشترك و اما من اجتمع عنده النصفان و اشترى بهما جارية مثلا ففى جواز التصرف اشكال للعلم التفصيلى منه بكون نصف الثمن مستحقا للغير فلا يملكها بتمامها و العلم التفصيلى يستحيل نفى الحجية عنها بالضرورة وقد اوضحت فيما وضعته لتحقيق حجية القطع المسمّى بالبيان.

و يمكن دفعه بانه صلح قهري فكل من النصفين ملك من دفع اليه في الواقع.

[هذا على تقدير التعبد بالرواية في التنصيف و امّا على المختار فلا مجال للاشكال لان

المال صار مشتركا بالمزج و الاختلاط تحقيقا او تنزيلا فكل من النصفين ملك لمن دفع اليه في الواقع فلا يعلم مشترى الامة بالنصفين باستحقاق الغير نصف الثمن بل قد يعلم بكونه بالتمام ملك نفسه ولا مانع من ذلك .

ولا يبعد ان يكون هذا هو المراد بالصلح القهرى ولكن الرواية على تقدير التعبد بها لا تدل الا على جواز تصرف كل منهما في حصته و انه بمنزلة الصلح في هذا الاثر و اما كونه كالصلح في جميع الاثار فلا تدل هذه ولا غيرها عليه و مقتضى القواعد الاحتراز مع العلم التفصيلي و ان كان متولدا من العلم الاجمالى وكذا الحال بالنسبة إلى الاجنبى العالم بالحال فان مقتضى القواعد ان يعمل بمقتضى اعتقاده ولا دليل على تاثير هذا التنصيف في التمليك واقعا] فانه لودلت الرواية على ترتيب جميع آثار الملك بالنسبة إلى كل من النصفين فلابد من الالتزام بكون التنصيف صلحا قهريا فان المخالفة القطعية للعلم يستحيل جوازها سواء كان اجماليا أو تفصيليا ولا يخفى عدم توجه اليمين اليهما مع عدم التداعى و اشتباه الامر عليهما .

و اما لو ادعى صاحب الدرهمين ان التالف من صاحبه و ادعى صاحب الدرهم ايضا كذلك فمقتضى القواعد التحالف ثم التنصيف ولكن الرواية مطلقة فيخصص بها العمومات كما احتمله في التنقيح و الدروس و اختاره جامع المقاصد حيث قال بعد نقل ما في الدروس قلت ظاهر الرواية و كلام الاصحاب ان ذلك قهرى و انه بغير يمين .

هذا على القول بان الرواية مخالفة للقواعد و اما على المختار من انطباقها عليها معها فلا اشكال في لزوم التحالف فانها انما تدل على التنصيف مع الاشتباه واما التحالف فليس موردا للسؤال حتى ينكشف عدم وجوبه من عدم التعرض له و بالجملة فالاطلاق ليس واردا مورد هذا الحكم .

بل نقول ان التداعى في غاية الندرة لعدم تميز الدنانير غالبا و تشابهها فالظاهر اختصاص الحكم بصورة الاشتباه و اهمال الرواية بالنسبة إلى مقام التداعى فالحكم فيه القرعة بناء على ان هذا حكم مخالف للقاعدة يقتصر فيه على المتيقن و كيف كان فلا وجه للتنصيف مع التداعى من غير يمين لان الرواية ان سلم شمولها لهذه الصورة فلا

تدل على عدمه لانه جهة اخرى مع انها منصرفة الى صورة الاشتباه فلا وجه لما اختاره جامع المقاصد . و ما يستفاد من التذكرة من عدم لزوم التحالف مع التداعي و دعوى الاطلاق بالنسبة اليه جزاف .

مسئلة ان يستبضع انسان آخر بعشرين درهما وآخر بثلاثين فيشتري بكل" من البضاعتين ثوبا « و يشتبه ثوب بعشرين اشترى » المباضع اياه « بذى ثلثين» اى بالثوب الذي اشتراه بثلثين فلم يعرفا ثوبهما « و » الحال انهما «قد تعاسرا » اى ذوالثوبين ولم يرض واحد منهما بان يتخير صاحبه ما يشاء منهما «بيعا» الثوبان جواب الشرط « و اخماسا يوزع الثمن» اى ثمن الثوبين اى تقسم على رأس المال على النسبة ومن المعلوم ان" المقسوم عليه خمسة فيقسم الثمن خمسة اقسام ويعطى صاحب العشرين خمسين وصاحب الثلثين ثلثة اخماس ولا فرق بين ما لو تساوت قيمتهما اولا و كذا الحال فيما لو اختلفا على حسب راس المال ان لم يرتفع الشبهة بذلك .

و هذا الحكم انما هو «للنص" »الدال عليه «مطلقا» و هوما رواه اسحق بن عمار و الظاهر انه ابن حيان لا ابن موسى الساباطى عن الصادق عليه السلام انه قال في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب و آخر عشرين درهما في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلثين بثلاثة اخماس الثمن والاخر خمسى الثمن قال قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلثين اختر ايهما شئت قال قد انصفه .

ولا يخفى ان" الشيخ ره واتباعه عملوا بالرواية من غير تصر"ف على ماحكى عنهم و كذا المحقق و على هذا فهل يقتصر على مورد الرواية او يتعدى إلى ازيد من الثوبين بل إلى غير الثوب و إلى غير المباضعة ولا يقتصر على ما لو كان اختلاف الثمنين على هذا النحو خاصة بل يلتزم به فيما لو كان احدهما نصف الاخر اوثلثه أو ربعه أوسدسه إلى غير ذلك بل إلى ما جهلت النسبة بينهما ايضا بل إلى مالم ينتقلا إلى مالكيهما بالشراء بل بالارث و ما يشبهه اشكال ظاهر عبارة جماعة الاقتصار على مورد الرواية و صريح بعض ايضا وصرح بعض بالتعميم و توقف آخرون .

ولكن تطبيق الرواية على القاعدة «و» التفصيل بين الصور «تفصيل حسن» فان الرواية حكاية حال فهي قضية في واقعة مع انها في التهذيب مقطوعة و في الفقيه ضعيفة بسعد ابن مسلم و الشهرة ليست جابرة كما انها ليست حجة مستقلة، على التحقيق في المقامين مع انها من اتباع الشيخ ليست الا للاعتماد عليه مع انها محكية غير محققة مع انها إذا اخذت بمضمونها مطلقا و تعدى عن موردها تخالف قواعد العدالية .

و تحقيق المقام ان للمسئلة اقسام مختلفة الاحكام فان الاشتباه قد يكون بين الثوبين من المالكين وقد يكون بينهما مع كونهما لأكثر من مالكين وقد يكون بين اكثر من ثوبين مع كثرة صور الدوران بين الامور فانها لا تحصى كثرة بل قد لا يكون اطراف الشبهة من الاملاك بل مما اشترى بما يختص بالاوقاف كما لو اشترى بثلث مال الميت الموصى بصرفه في الاوقاف فان المال المشترى به لا يدخل في ملك احد وكما لو اشترى العبد بالزكوة للمعتق .

و ايضا المشترى قد يكون وكيلا وقد يكون وليا وقد يكون فضولا وقد يكون مالكا .

وايضا المالكان قد يكونان قادرين على التصرف مطلقا وقد يكونان كذلك حال الشراء و ممنوعين حال الاشتباه وقد يكون البعض قادرا و الاخر ممنوعا .

و المنع اما بالصغر او الجنون او الفلس او غيرهما وقد يكون الامر حال الشراء راجعا إلى المالك و حال الاشتباه إلى الولي او الوصي وقد يكون حال الشراء راجعا إلى مالك و حال الاشتباه إلى مالك آخر و الاشتباه قد يكون للمالك وقد يكون لوليه وقد يكون لمن له التصرف خاصة دون المالك كما في غرماء المفلس و الاشتباه قد يكون لجميع الملاك وقد يختص به البعض خاصة وقد يكون للحاكم مع التداعى وفقد البينة وقد يكون الانتقال بغير الشراء كالارث و الاتهاب و الصلح و الحيازة و الاحياء وغيرها من الاسباب .

و ايضا المشتبهان اما متماثلان او مختلفان والاختلاف اما في ما يختلف به القيمة او في ما يختلف به الرغبات خاصة و الاول اما بحسب راس المال او غيره و الراجح

بحسب نفس الامر اما ما اشترى بالناقص او ما اشترى بالزايد ولا بعد في رجحان قيمة ما اشترى باقل الثمنين اما لاختلاف البلاد في الرغبة اليهما و اختلاف قيمتهما بحسب اختلاف بلد الشراء و ما ارسلا اليه و امّا لغبن فيما اشتري بالزايد او ظهور عيب فيه او حدوثه اولاشترائه في اوان الغلاء و اشتراء الاخر اوان الرخص .

و ايضا الشراء اما بعين الثمن او بما في الذمة و على الاوّل اما مع المزج أو الاشتباه من غير مزج و اما مع عدمه و على الثاني اما بقصد الاشاعة في كلّ منهما أو التعيين و الشراء مع اشتباه الثمنين او بما في الذمة على الاشاعة اما باذن المالكين أو امضائهما و على التقادير فاما مع الغبن فيهما او في احدهما و ايضا الشراء اما في زمان واحد او سوق واحد او في ازمنة مختلفة او اسواق كذلك يختلف باختلافها القيمة و المشترى قد يكون واحدا وقد يكون متعددا و مع الاشتباه فاما يمكن الاستعلام مع اليسر او العسر اولا .

و ايضا فاما يمكن تعديل السهام من غير بيع او يرضى المالكان بالشركة اولا و على الثانى فاما يمكن البيع اولا يمكن عادة او شرعا لتعلق الوقف بهما بعد الشراء او العتق بحيث يقطع بوقوعهما او احدهما في محله أو كونهما امي ولد او مكاتبين او مدبرين او متعلقين للنذر او متعلقين لحق المجنى عليه او كون كلّ منهما ممّن ينعتق على كل منهما او مع كون احدهما كذلك الى غير هذه من الاقسام التى لا يلتزم باشتراكها في الحكم بالبيع ثم التقسيم اخماسا ذو مسكة كما لا يخفى .

و التحقيق العمل في كلّ مقام من هذه المقامات بما يقتضيه الاصول والضوابط العامة و الرواية مع ضعفها لاعموم ولا اطلاق فيها بل انما هى قضية في واقعة بل الظاهر انها مجرد حكم ارشادي وان هذا اقرب إلى الصواب وجدير بان يتراضيا عليه اونلتزم بورودها في ما او اختلط الثمنان فحصلت الاشاعة في الثوبين .

وقد صرح بحمل الرواية على احد الوجهين الفاضل المقداد في التنقيح حيث قال انها تحمل على امرين اعنى امتزاج المالين قبل الشراء فان لفظ الرواية لا تدفع

هذا الاحتمال ثم ذكر الرواية و قال بحملها على الاستحباب فان في ذلك تطييبا لنفس كل* واحد منهما و دفع ضرر الانبعاث انتهى .

و اما الشركة الحاصلة في السلعة بالاشتباه و عدم الامتياز فمع التسليم لا يقتضى القسمة بحسب راس المال مطلقا و الا فلو اشترى واحد رطلا من العسل بعشرة و آخر بعشرين مع تساويهما في الصفة ثم امتزجا طوعا اوكرها ثم بيع الرطلان فينبغى ان يقسم الثمن اثلاثا لكنه مما لا يلتزم به عامي .

فحيث يتحقق الشركة اما باختلاط الاثمان او بالشراء كذلك و بالاشتباه يتبع حكمها على ما عرفت و في غير الاشاعة يتعين القرعة مع تعذر الاستعلام و عدم ظن قوى و معه اشكال من عدم الدليل على اعتباره في الموضوعات الصرفة من عدم ثبوت حجية القرعة مطلقا حتى مع انكشاف الواقع ظنا فلا يبعد الالتزام بحجية الظن مع الاشتباه في الموضوعات مطلقا سيما إذا كان قويا مع عدم جريان اصل من الاصول و عدم التمكن من الاحتياط لعدم الدليل على اعتبار القرعة معه فيستقل العقل بحجيته حينئذ كما يستقل بحجيته في الاحكام مع الانسداد .

و لعله لهذا عمل بالظن في هذا المقام آية الله العلامة قدس سره الشريف حيث قال في التذكرة بعد فرض الاشتباه في الثوبين على ما مر : فان خير أحدهما صاحبه فقد انصفه و إن تعاسرا بيعا معا و قسط الثمن على القيمتين فيأخذ صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن و يأخذ صاحب العشرين خمسى الثمن اذ الظاهر عدم التغابن و ان كل واحد منهما اشترى بقيمته و باع بالنسبة و لما رواه اسحق بن عمار ثم ذكر الرواية .

و قال ولو بيعا منفردين فان تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه لتمييز حق كل* واحد منهما عن الاخر و ان تفاوتا كان اقل الثمنين لصاحب العشرين واكثرهما لصاحب الثلثين قضاء بالظاهر من عدم الغبن انتهى .

فهو ره استدل* بالظاهر مطلقا وجعل الرواية فى موردها دليلا على حدة و يوافقه ما اختاره فى القواعد مع اشتراط بيعهما معا بعدم امكان الانفراد و كذا الفاضل المقداد حيث قال في التنقيح ان* الثوبين ان تساويا من كل* الوجوه الممكنة اعطى كل واحد منهما ثوب اذقد اشترى بمال كل منهما ثوب منفرد وان تفاوتا فالذي يقتضيه عقل المعاش غالبا ان الاجود

يكون لصاحب الثلثين و الاخر لصاحب العشرين و ما ذكر من الاحتمال نادر انتهى .

و مال اليه جامع المقاصد ايضا في غير ما تساوت قيمة الثوبين حيث قال وشيخنا في الدروس بعد ان حكى مختار المصنف انه متى امكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع قال الرواية مطلقة في البيع و يؤيدها ان الاشتباه مظنّة تساوى القيمتين .

قلت فعلى هذا يكون مورد الرواية ما اذا تساوت القيمتان فيبقى ما اذا تفاوتا خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف اذ لاراد ّ له و قول ابن ادريس ره بالقرعة و ان كان له وجه الا ان مخالفة النص و كلام الاصحاب مشكل انتهى ففي غير صورة التساوى اختار مختار المصنف و اما مع التساوى فيحتمل هذا ايضا بان يكون التفصيل مماشاة مع الشهيد و ابطالا لقوله بالقرعة في غير صورة التساوى التى هى على ما زعمه مورد الرواية و يحتمل ان يكون مذهبه التفصيل بالعمل بالرواية مع التساوي و بما اختاره المصنف في غير التساوى و كيفما كان فهو ايضا ممن عمل بهذا الظاهر .

ومن هذا كله يظهر ما في الرياض حيث قال بعد نقل ما في التذكرة و هواجتهاد في مقابلة النص المعتبر مع تطرق الاشكال اليه بعدم دليل على اعتبار الغلبة التى غايتها ايراث المظنة خاصة في نحو المسئلة التى هى من قبيل الموضوعات دون الاحكام الشرعية فلا يكتفى فيها بالمظنة الا اذا قامت عليه الادلة انتهى .

و تبعه صاحب الجواهر حيث قال فما في التذكرة كالاجتهاد في مقابلة النص المعتضد بفتوى المعظم المقتضى صيرورتهما بمثابة الشريكين على كلّ حال انتهى .

وقد عرفت قيام الدليل على اعتبار الظن و قصور الرواية سندا و دلالة و ذهاب جماعة من الفحول الى العمل بهذا الظن و اسناد الاجتهاد في مقابلة النص إلى مثل هؤلاء ليس باولى من اسناد الغفلة إلى اتباع الشيخ ره الذين قال فيهم بعض الفحول بانّ الجماعة الذين نشاؤا بعده ركنوا اليه و اقتصروا في مذاهبهم عليه مع انّ هذه شهرة منقولة لا نعلم انهم افتوابها مطلقا او انهم اهملوا الفتيى كالرواية و بالجملة فمثل هذه الجرئة من مثلهما في مثل المسئلة بالنسبة الى مثل العلامة قده عجيب مع عدم تفرده بهذه الفتوى .

و من العجيب ذهاب صاحب الجواهر إلى التعدى عن مورد النص مع عدم عموم فيه ولاوجه لتنقيح المناط مع اقتصار غيره عليه ممن تعبد بالرواية و خالف بها القواعد كالشهيد في الدروس حيث اختار في غير صورة التساوى القرعة حتى في الثوبين و صرح به ثاني الشهيدين في المسالك قال وعلى تقدير العمل بالرواية يقتصر حكمها على موردها ولا يتعدى إلى الثياب المتعددة و إلى غيرها من الامتعة والاثمان وتبعهما صاحب الرياض في ترجيح عدم التعدية وجعل التعدية احتمالا مرجوحا وعلل التعدى في الجواهر بظهور ارادة التعليم مؤيدا بالاعتبار و مناسبة لكون الصلح مشروعا لقطع الخصومة.

قال نعم ما فيها اى في الدروس من انه ان عملنا بالرواية ففى تعديها الى الثياب و الامتعة و الاثمان المختلفة نظر من تساوى الطريق في الجميع و عدمه و الاقرب انّ القرعة هنا مخالف لقولهم عليهم السلام علينا الاصول و عليكم ان تفرعوا ولا يكون الفقيه فقيها حتى يلحن له في القول فيعرف ما يلحن له و لظهور ارادة التعليم منها مؤيدا ذلك كله بموافقة ما فيها للاعتبار و مناسبة لما سمعته سابقا مما شرع لقطع التنازع و التخاصم فالاقوى حينئذ التعدية انتهى.

و فيه انّ كون ما في الرواية اصلا ممنوع مع انه لا يمكن الالتزام فى جميع الصور المتقدمة، و تحديدها بحيث لا يتعدى عن الحد الى غيره لا معين له و اللحن فى القول عبارة عن فهم المراد على مقتضى القواعد اللفظية و ما يفهمه اهل اللسان غاية الامر ان الفقيه يفهم من العبارة ما يفهمه الاوحدى من اهل اللسان و ينتقل إلى اللوازم البعيدة الغير البينة و التعدى عن مورد هذه الرواية ليس الا عملا بالراى و القياس.

و اما ظهور ارادة التعليم منها فممنوع بل انما هو قضية فى واقعة كما صرح به ثاني الشهيدين فى المسالك و يظهر من التنقيح و اعترف المحقق الثاني بأنها قضية فى واقعة لا عموم فيها مع قطع النظر عن فهم الاصحاب و ان فهمهم انما هو قرينة على العموم فتأمل (١).

---

(١) وجه التامل ان الانصاف ان الرواية ليست حكاية حال بل انما تشتمل على جواب عن سؤال مع ترك الاستفصال وهو على ماتقرر فى محله ينزل منزلة العموم فى المقال منه ره.

ولو سلم انها فى مقام التعليم فانما هو على ما فى التنقيح للارشاد الى ان فى ذلك تطييبا لنفس كل منهما ورفع ضرر الانبعاث فهو حكم ارشادى لاحتمى او انه ارشاد إلى الحكم عندمزج المالين قبل الشراء الموجب للشركة بحسب رأس المال واما موافقته للاعتبار فبمكان من الوهن فان الاعتبار يقتضى الذهاب إلى ما اختاره الفاضل ره من العمل بالظن و التقسيم مع التساوى و تخصيص صاحب الاكثر بالاحسن و ان كان فيه كلام سياتى التنبيه عليه انشاء الله تعالى و بالجملة فلا وجه لهذا الاعتبار الا تساوى نسبتهما إلى كل منهما .

و قد اشاراليه في الدروس حيث قال و يؤيدها اى الرواية ان الاشتباه مظنة تساوى القيمتين فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم فهما بمثابة الشريكين و فيه ما عرفت من ان هذه الشبهة و ان اورثت الاشاعة الا انها لا تقتضى الاشاعة على حسب راس المال مطلقا حتى مع تساوى الثوبين بحسب القيمة فانه ليس الاظلما و اكلاللمال بالباطل وقد مر سابقا انه لو اشترى واحد رطلا من العسل بعشرة دراهم وآخر بعشرين مع التساوى في الجهات ثم اختلطا و بيعا اشتركا في الثمن بالتنصيف ولا يتوهم ذومسكة الشركة في الثمن اثلاثا حسب ما اشرنا اليه .

و اما المناسبة لكونه مشروعا لقطع التنازع فمع ما عرفت سابقا من عدم ثبوته لاربط له بما ادعاه فان قطع الخصومة بغيرهذه الطريقة احسن بل متعين فانه لوتساوت قيمة الثوبين فالخصومة انما تنقطع باعطاه كل واحد منهما واحدا منهما لا بالبيع و التقسيم اخماسا مع انه ظلم قطعا للقطع بان مال صاحب العشرين اعطى صاحب الثلثين مع ان المشروع لقطع التنازع انما هو العقد و تعميم هذاالحكم لاربط له به فانه ليس من الصلح العقدى و بالجملة فهذا الكلام لا يكاد يظهر له معنى محصل .

و مما ذكرناه ظهرانه لا وجه لما ذهب اليه الجماعة من البيع حتى مع عدم رضى المالكين به لتعلق غرضهما او احدهما بالثوب المكسوة او للتغطية او غيرهما سيما مع امكان تعديل السهام من غير حصول منقصة في احد الثوبين بالقسمة فما افاده الفاضل من البيع منفردا مع الامكان ومجتمعا مع التعذر لايتم مطلقا بل انمايتم مع التراضى منهما.

وتوضيح المرام ان المنقول عن الفاضل في التنقيح انه ابطل ماذهب اليه ابن ادريس من القرعة بانها عند الاشكال و لا اشكال مع النقل و ايضا هذا المجموع بضاعة شخصين لكل منهما قدر معين فيباع و يبسط الثمن على نسبة المالين كغيرها من الاموال و كما لواشتراهما بالشركة مع الاذن فان الشركة قدتحصل ابتداء وقد تحصل بالمزج الموجب للاشتباه كما هو هنا و اذا كانا شريكين كان لكل منهما بقدر راس المال الذى له كما في الطعامين لوامتزجا هذا ما نقل عن الفاضل المقداد .

و فيه ان مثل هذا النقل الضعيف لا يعمل به من يقول بحجية الخبر الواحد فكيف من لايقول بحجية الاخبار الاحاد مطلقا نعم يرتفع الاشكال على الانجبار بالشهرة مطلقا اذا كشف عما يعتمد عليه في المقام و دون اثباتها خرط القتاد و لان الشهرة على ما في التنقيح بين اتباع الشيخ وقد عرفت ان اجماعهم كالفتوى الواحدة فكيف بالشهرة .

مع ان العلامة ره لم يعمل بالرواية لما عرفت من ذهابه الى التفصيل بين صورة امكان الافراد بالبيع و غيرها و التفصيل على الاول بين التساوى في القيمة و الاختلاف فحكم مع الاختلاف باعطاء اقل الثمنين صاحب العشرين و اكثرهما صاحب الثلثين و على الثانى و هو عدم امكان البيع منفردا انما حكم بالبيع و قسمة الثمن اخماسا لاستظهار عدم التغابن وان كل واحد منهما اشترى بقيمته و باع بالنسبة وجعل الرواية لهذه الصورة دليلا على حدة .

و لو كان ممن عمل بالرواية لم يتجه هذا التفصيل لعمومها بالنسبة إلى الثوبين الذين اشتراهما المباضع لترك الاستفصال بل قد احتمل جماعة من الاساطين و اختار بعض متاخرى المتاخرين تعدى الحكم إلى ازيد من الثوبين بل غير الثوب كما عرفت ولو سلم عدم العموم فاطلاقها بالنسبة إلى موردها مما لا يقابل بالانكار ولو سلّم عدم الاطلاق ايضا او منع من العمل به مانع فلابد من حملها على فرد غير نادر كما صنع الشهيد في الدروس حيث حملها على صورة تساوى الثوبين في القيمة بظهور الاشتباه في هذه الصورة و من المعلوم عدم ندرتها .

و اما صورة تعذر البيع منفردا فأندر الصور بل لا يكاد يتصور غاية الامر عدم

من يشترى واحدا منهما دون الاخر و اما اشتراء كل منهما بقيمة معينة فلا يتصور مانع منه و كيف كان فهو فرض بعيد وحمل الرواية عليه مستبشع جدا .

و ايضا كما يقوم الثوبان حال الانفراد بالبيع و يعطى الاكثر صاحب الثلثين و الاقل صاحب العشرين فكذالك مع التعذر و الجمع في البيع يقوم الثوبان و يعطى كل منهما نصف الثمن ان تساويا في القيمة و المقدار الزايد خاصة لصاحب الثلثين مع الاختلاف واما القسمة اثلاثا فلا وجه له قطعا لعدم اشتراكهما في راس المال بالفرض .

مثلاً اذا كانت قيمة احد الثوبين عشرة والاخر عشرين و بيعا كانت القسمة اخماساً و ان كانت قيمة احدهما عشرة و الاخر اثنتاعشر و بيعا فلا وجه للقسمة اخماسا للقطع بعدم استحقاق صاحب الثلثين خمسي الثمن لاختصاص كل منهما بثوب بالفرض مع ان التفاوت بينهما لا يبلغ هذا المقدار و ايضا لا وجه لاستظهار عدم التغابن في البيع فانه باطلاعهما بالفرض فلااجمال فيه حتى يستظهر عدم التغابن بالغلبة .

نعم هذا بالنسبة الى الشراءله وجه لكونه بمباشرة المباضع ولكنه لاينفع ايضاً لان قيمتهما ليس مما يخفى فاما يتساويان او يتفاوتان على حسب راس المال او غيره ومجرد عدم التغابن في الشراء لاينفع بل المناط قيمتهما حال البيع وبالجملة فاستظهار عدم التغابن حال الشراء لا يجدى و استظهار عدمه في البيع لا وجه له لانه ليس مما يخفى لكونه باطلاعهما بالفرض .

ان قلت اذا بيعامعا احتمل ان المشترى بذل لاقلهما قيمة ازيد من قيمته وللاكثر اقل من قيمته غفلة عن حقيقة الحال فهو مغبون بالنسبة الى احدهما غابن بالنسبة الى الاخروحينئذفلاوجه لدفع ثلاثة اخماس الثمن الى صاحب الثلثين لاحتمال ان يكون ما دفعه لثوبه الثلث فقط .

قلت هذا كلام باطل لانهما اذا بيعا منفردين تعينت قيمة كل من الثوبين ولا اجمال في البين و اذا بيعا مجتمعين بحيث يكون المجموع شيئا واحداً فلا معنى للغبن بالنسبة الى بعض الاجزاء دون بعض فان الغبن بالنسبة الى المجموع الذي وقع عليه

العقد لا بالنسبة الى البعض و ليس هذا مما يخفى على متفقه فضلا عن الفقيه .

هذا مع ان ظاهر كلام الفاضل ره تعيين البيع مطلقا ولاوجه له مع عدم التراضى مطلقا لا مجتمعا ولا منفردا ابل الوجه مع طرح الرواية العمل بالقرعة كما ذهب اليه ابن ادريس و اختاره كل من تاخر عنه على تقدير عدم العمل بالرواية او تخصيصها ببعض الصور نعم للعمل بالظن وجه قد سبق فتدبر .

و تلخيص المرام ان الرواية تدل على انحصار علاج التعاسر شرعا في بيع الثوبين و قسمة الثمن على المالكين اخماسا مع الاشتباه و اشتراء المباضع الواحد اياهما معا من غير حضورهما لان الجملة الخبرية فى مقام الانشاء فهى على ماتقرر في موضعه كالامر بالصيغة ظاهرة في الطلب الحتمي و مقتضى ترك الاستفصال عموم الحكم بالنسبة الى جميع افراد هذا الموضوع فان تمت سندا فلابد من العمل بها مطلقا كما هو المشهور و في غير موردها بالقرعة كما عليه ابن ادريس ره مطلقا وفي غير موردها جميع من تاخر عنه .

نعم لولم يثبت حجية القرعة مع الاشكال مطلقا يتجه العمل بالظن بل تعين لانسداد باب العلم مع بقاء التكليف بالواقع و تنزيل الرواية على ما لو امتزج الثمنان قبل الشراء فحصلت الاشاعة كما فعل الفاضل المقداد لا يستقيم فان الرواية مصرحة بخلافها لان جهل كل واحد منهما بثوبه انما يتصور مع عدم الاشاعة فان كلا منهما على تقدير الاشاعة مملوك لكل منهما على الاشتراك و ليس لكل واحد منهما ثوب معين في الواقع مجهول لهما .

و اما الحمل على الارشاد فلابد له من قرينة وهو لم يبينها ورفع اليد عن ظاهر الرواية مع اشتهار العمل به من غير قرينة قوية ليس على ما ينبغى و كذا تخصيص الرواية بصورة تساوى الثوبين في القيمة كما صنعه الشهيد نظراً الى ان الاشتباه مع الاختلاف مفيد لظهور ان الاكثر قيمة لصاحب الثلثين فان مثل هذا لا يصلح لتقييد المطلق فضلا عن تخصيص العام و ندور وقوع الاشتباه مع الاختلاف لا يمنع من عموم الحكم في جميع موارد الاشتباه .

و بالجملة فالحكم دائر مدار الاشتباه و ان كان مع الاختلاف مع ان هذا الحكم

مع تساوى الثوبين في القيمة خلاف العدل للعلم بان كل واحد منهما مختص بواحد منهما فبيعهما من غير رضاهما ثم اعطاء مال احدهما الاخر ظلم قطعا تعالى شان الشارع عن مثل هذا الحكم بل المتعين في مثل المقام اما القرعة او تخيير الحاكم في تخصيص الدفع او شركتهما فيها على التنصيف فيجرى عليهما حكم المشترك .

ان قلت ان الظلم انما يتحقق لو بقى تمام ثمن احد الثوبين على ملك صاحب العشرين فان دفع بعضه الى صاحب الثلثين عدوان ولكن الاصحاب يدعون ان هذا صلح قهرى فيخرج ما يدفع الى صاحب الثلثين زيادة على ثمن احد الثوبين عن ملك صاحب العشرين و يدخل في ملك صاحب الثلثين بحكم الشارع .

قلت تمليك الشارع مال الشخص من غيره بلا عوض من غير موجب ايضا ظلم ولا ينحصر الظلم في الاستيلاء على مال الغير عدوانا .

ان قلت لا استحالة في كون الاشتباه موجبا لذالك كما في التلف من عند الودعي فان المفروض هناك عدم الاشاعة واختصاص الدرهم الذي ينتصف بينهما باحدهما قطعا.

قلت اولا ان الحكم ليس مسلما هناك ايضا لما عرفت من احتمال القرعة من الشهيد و غيره ولو سلم فعدم الاشاعة ممنوع بل لا وجه للتنصيف الا الاشاعة لما عرفت من اختصاص الحكم بصورة الامتزاج كما صرح به الجماعة وهو مورث للاشاعة مطلقا على ما يستفاد من كلماتهم ولهذا اختار في التحرير القسمة اثلاثا .

ان قلت ان خروج نصف الدرهم عن ملك احدهما و دخوله في ملك الاخر بالامتزاج حكم تعبدي و صلح قهري و كما انه لا ينافي العدل فكذا ما نحن فيه فان الاشتباه و الاختلاط موجود في المقامين .

قلت ان بين المقامين بون بعيد فان نسبتى المستودعين بالنسبة الى احد الدرهمين على السواء فقسمته بينهما مطابق للعدل والانصاف ومقتضى العدل في المقام ايضا تساويهما في القسمة لان المفروض تساوي نسبتيهما الى كل واحد من الثوبين فالاختلاف في القيمة مع التساوي في النسبة ظلم .

ان قلت لا نسلم التساوي في النسبة لاختلاف النسبتين بحسب اختلاف الثمنين

فالقسمة اخماسا في المقام كالقسمة اثلاثا في مسئلة التلف من عند الودعى على ما في التحرير و بالجملة فكما ان الامتزاج في المثليات يفيد الاشاعة بحيث يكون الربح و الخسران بحسب رأس المال فكذلك التلف فيها و في القيميات مطلقا أو في خصوص المقام للنص فكما ان الاشاعة و الاشتراك في التلف و الربح و الخسران في المثليات بحسب رأس المال لا محذور فيه فكذا ما نحن فيه .

قلت انّ الاشتراك في الربح و الخسران و التلف على حسب راس المال مسلم مع اشتباه الامر و عدم العلم بالواقع اصلا وهو حينئذ مقتضى العدل و اما مع العلم بالتساوى كما لو تلف درهم من ثلثة ممتزجة أو للاختلاف كما لو اتجر لاثنين من ثلاثة مع اختصاص احدهما بواحد و الاخر بالاثنين فلا فانّ ربح احدهما يختص بصاحب الاثنين قطعا و انما الاشتباه في الاخر و مقتضى العدل حينئذ القسمة ارباعاً لا اثلاثا وليتامل في المسئلة فانها لا تخلو عن اشكال و دقة .

و بالجملة فكما انّ تقييد الرواية و حملها على ما عرفت تفريط فالتعدي عن موردها و الغاء الخصوصيات افراط لما عرفت من اختلاف الصور و الجهات وعدم الضابط نعم يمكن القطع بعدم مدخلية العدد مثل كونه خصوص الاثنين بل عدم مدخلية كون المشتبهين ثوبا والله العالم .

مسئلة «لو» ادعى اثنان دارا في يد ثالث مثلا بسبب موجب للشركة كالميراث فخص احدهما بالاعتراف و كذب الاخر ثم « صالح » ذلك «الشريك» المقر له «من اياه خص بالعرف » اسم من الاعتراف « عما » متعلق بصالح « قد أقرّ » و هو النصف بشيء « لم يخصّ » بالبناء للمجهول اي لم يخص المقر له بمال الصلح لعدم اختصاصه بما صولح عنه و اشتراكه بينهما بحسب اقراره بل انما يختصّ بما يوازى حصته و هو الربع فيبقى نفوذ العقد بالنسبة الى الربع الاخر مراعى باجازة شريكه .

هذا إذا وقع الصلح على ما يتعلق به الاقرار وهو النصف المضاف إلى الدار الذى نسبته الى كلّ منهما كنسبة الدار على حد سواء و اما لو صولح عن الكسر المضاف إلى المقر له والنصف المختص به فيختص به المقر له ويبقى المنازعة بين شريكه والمتشبث .

و لكن الظاهر من نصف الدار هو النصف المشترك و تخصيصه يتوقف على اضافته الى المقر له فالصلح لا يختص به المقر له «الا مع القصد» منهما «إلى التخصيص فيورث» قصد التخصيص «التميز» لكل من النصفين عن الاخر لان ملك كل منهما متميز عن الاخر و انما الاشاعة في المملوك فالقصد الى التخصيص «كالتحصيص» بالمهملات اي كجعل المال حصة حصة الذى هو عبارة عن القسمة لكنها يورث تميز اعيان الحصص و ارتفاع الشركة راسا بخلاف قصد التخصيص فانه انما يورث تميز متعلق الانشاء و اختصاص ما قصد به لا تميز الحصص و ارتفاع الشركة راسا .

و بالجملة فالاضافة الى المقر له انما يوجب تبدل الشريك لا ارتفاع الشركة بل هى باقية بحالها نعم يشارك القسمة في منعه من كون المصالح عنه منهما و اشتراك مال الصلح بينهما .

هذا مجمل ما افاده الفحول من الاصحاب في هذا الباب و لكن كلماتهم لا تخلو عن الاضطراب فاقول مستمدا برب الارباب وامنائه الاطياب كاشفا للحجاب ان للمسئلة صورا .

منها ان يدعيا ما في يد المتشبث بالميراث مع اقتضائه الاشتراك بينهما بان يكونا في طبقة واحدة مع عدم الحاجب و انتفاء ساير الموانع .

و منها ان يدعياه بسبب موجب للشركة غير الميراث مع اتحاده .

و منها ان يدعى كل منهما بسبب على حدة مع الاعتراف بالاشتراك .

و منها ان يدعياه لا بسبب يقتضى الاشتراك مع عدم الاعتراف به ايضا وتحقيق حال الاقسام يتوقف على بيان معنى الشركة فاقول ليس الاشاعة كون كل جزء من اجزاء المشاع بين الشريكين و الالزم ان يكون القسمة معاوضة فيلزم الرباء مع التفاضل اذا كان المشترك ربويا .

و ايضا ربما لا تكون الاجزاء قابلة للتملك فكيف يكون كل جزء يفرض مملوكا لهما بل انما حقيقة الشركة قيام اكثر من واحد مقام المالك الواحد فنسبة الاكثر من واحد إلى المملوك المشترك كنسبة المالك الواحد اليه و ليس المملوك لكل من الشريكين

هو الكسر الكلي* المنحصر في الكسور المفروضة في المشترك و الا لم يفترق بيع الصاع من الصبرة مشاعا من بيع الصاع الكلى المتعين الاداء .

و بالجملة لا ريب في كون المشترك و هو الجزئى الحقيقى مملوكا للشريكين و الا لم يملك احد من الشركاء منافعه و نماءه ولا معنى للملك الكلى الا استحقاقه في الذمة اما مطلقا او مع تعيين ادائه من امر خارجى و يعبر عنه بالكلى الخارجى قبال المستحق في الذمة و ليس معنى الاشتراك في الشيء الاشتراك في فوائده لانه من آثار الاشتراك لا حقيقته .

بل التحقيق على ما الهم لى ان كلا من الشريكين مالك لتمام العين ملكا ناقصا فان الملك عبارة عن كون الشيء بحيث يختص الشخص بفوائده لو كان من الاعيان و كونه بيده اسقاطا و ابقاء في الحقوق كالخيار و الشفعة و الدين و استحقاق المطالبة في بعض الموارد و الاختصاص قد يكون حقيقيا وقد يكون اضافيا فكل من الشريكين يختص بفوائده المشتركة بالنسبة إلى غير شريكه .

و الحاصل ان ملك الحقوق و الاعيان حقيقة واحدة و ان اختلفت آثارهما فان الحقوق مع انها املاك ليست لها قيمة سوقية بخلاف الاعيان و لهذا يمكن ان يقال ان النصف بحسب القيمة من الاعيان راجع الى احد الشريكين و النصف الاخر للاخر إذا كانت الشركة على هذا الوجه دون الحقوق و ايضا يمكن توزيع منافع الاعيان على الحصص دون الحقوق لانها ليست لها منافع .

و ايضا ربما تقبل العين الخارجى القسمة فتقسم دون الحقوق و هذه الجهات خارجة عن حقيقة الملك غير مقومة لها و انما هى من الامور العارضة لها فكل نوع منها يختص بطائفة منها .

و بالجملة فالملك هو الارتباط الخاص بين المالك و المال ينتزع منها عوارض مختلفة باختلاف الانواع كالاختصاص بالفوائد و اختصاصه بالتقلبات و استحقاق المطالبة و السقوط باسقاطه فان كان الارتباط تاما بان كان الاختصاص مطلقا لم يشارك غيره و الا كان مشتركا فان لكل* من الشريكين ارتباطا بالمشترك مقارنا بارتباط الاخر به امّا

مثله أو أشد منه بمرتبتين أو أقل أو أكثر و لمجموع المال ارتباط بكل واحد منهما .

ان قلت كيف يمكن ان يقال انّ تمام المال المشترك بين اثنين مملوك لكلٍّ منهما مع انه لا يتعقل مع الاشتراك الا ملك الكسر فكل من الشريكين في الفرض المذكور انما يتملك النصف على الاشاعة بالضرورة فدعوى كون الشيء الواحد مملوكا بتمامه لاكثر من واحد و كونه حقيقة الشركة خلاف الضرورة .

قلت المخالف للضرورة هو كون المجموع ملكا تاما لكل من الشريكين فانه ينافى فرض الاشتراك بالضرورة و اما كون المجموع ملكا ناقصا فهو عبارة اخرى عن ملك الكسور كالنصف و الثلث و الربع و الا فالنصف المملوك ان كانَ كليّاً كما صرح به بعض لم يكن الجزئي مملوكا لاحد بل كان ملك كلٍّ من الشريكين في الدار مثلامن قبيل ملك الصاع من الصبرة و هو الكلي المنحصر في افراد خاصة المعبر عنه في كلام بعض الاساطين بالكليّ الخارجى و ان كان جزئيا متعينا لم يتحقق الشركة والاشاعة .

إذا عرفت هذا فنقول ان معنى الصلح عن النصف المشاع تمليك المال ملكا ناقصا و جعله مرتبطا بالمصالَح بالفتح ارتباطاً دون الارتباط التام الذى للمالك الواحد بمرتبة واحدة و الارتباط في الصلح عن الربع دون الارتباط التام بمرتبتين و هكذا .

فمعنى ملك النصف كون الارتباط بين المالك و المال دون الارتباط التام بمرتبة و اقترانه بارتباط مثله بين المال ومالك آخر وعند القسمة يختص كلٌّ بحسب ارتباطه بحصته فلو كان الارتباط ضعيفا بمرتبة يختص بالنصف و ان كان بمرتبتين يختص بالربع و هكذا و هذا معنى ملك الكسور على الأشاعة و هو في غاية الدقة ولم ار من تنبه له .

فظهر ان المملوك واحد و الملك متعدد ولا باس به مع ضعف الملك فان الشيء الواحد يتعلق به الملك التام المشتمل على مراتب غير متناهية فان كان لمالك واحد كان ملكاواحداً ولم يتميز المراتب وان كان لاكثر تميزت باختلاف المراتب واختص كلٌّ بواحد من الشركاء .

و لما كان الملك من مقولة الاضافة و كان تميز مراتبه باختلاف المضاف اليه لان الاضافة تتقوم بالطرفين فتختلف باختلاف كلّ منهما و نظيره في المحسوسات الالوان فانّ السواد الشديد يشتمل على مراتب متناهية و لكنها مع الاجتماع شيء واحد و مع التفرق - بان يشتمل امور متعددة على مراتب ضعيفة من السواد - اعراض متعددة و كيف ما كان فنقل الكسر كالنصف يتصور على وجوه لانه اما يكون النصف المضاف إلى أحدهما خاصة أو المركب من كسر مضاف إلى احدهما دون النصف مع الكسر المضاف إلى الاخر كذلك كالربع من احدهما و الربع الاخر من الاخر أو ثمن من احدهما و ثلثة اثمان من الاخر و هكذا .

و هذا القسم يتصور على وجوه لا تتناهى لعدم تناهى مراتب الكسور كالصحاح أو يكون المنقول هو الكسر المضاف إلى الكلّ من غير ملاحظة اضافته إلى المالك و هذا إما يقع من المالك أو من هو بمنزلته كالوكيل و الوليّ أو من الاجنبى .

فعلي الاوّل ينصرف إلى ما تعلق به و مع التعدد بان يكون النصف مملوكا له و نصفه راجعاً إليه بالولاية فحكمه كالاخير و اما الاخير فيمكن ان يقع من أحدهما خاصة أو منهما بالسوية أو بالاختلاف فلا يبطل الا بردّهما معاً و ينفذ بامضاء أحدهما أو كليهما بالسوية أو بالاختلاف على اختلاف وجوه الاختلاف فيمضى على حسب الامضاء .

و أما إذا كان الناقل مرجعاً للنصفين على الاختلاف كالملك و الولاية فلا بد من تعيين المنقول حال النقل و ليس كالفضولى لانه يتعين بالاجازة بل لابد من تعيينه حال الانشاء .

و هذا تفصيل متين لم يتنبه له أحد من الاساطين والحمدلله ربّ العالمين .

فتحصل انه لو صالح المقر له بالنصف عن النصف اختص به مع قصد الاختصاص و اشترك بينه و بين صاحبه مع قصد الاشتراك و كذا مع قصد النصف من غير ملاحظة المالك حال الانشاء و لكن الحكم في هذا القسم غامض جداً .

هذا حال الصلح في الواقع و أمّا في الظاهر فمع القرينة على أحد الوجوه لا اشكال و أمّا مع الاطلاق فهل ينصرف إلى النصف المضاف إلى المقر له أو إلى النصف

المطلق المشترك بينهما وجهان بل قولان من انّ الظاهر من نقل الكسر إذا كان من المالك سواء كان بالبيع أو غيره الكسر المختص بهلان الظاهر من النقل النقل المنجز المترتب عليه الاثر فعلا من غير توقف على امر آخر كالاجارة و اختاره ثانى الشهيدين ره و احتمله الاوّل منهما و تبعه ثانى المحققين و من انّ الظاهر من اطلاق العبارة اطلاق المعنى و عدم ملاحظة اضافته إلى مالك خاص فيقع مطلقا و كما انّ الكل بين الشريكين فكذا الابعاض فتأمل .

فالنزاع على هذا في تميز مدلول اللفظ و ما يستفاد منه و لكن يظهر من تعليل بعضهم الحكم بالاشتراك فيما كانت الدعوى مستندة إلى الميراث بانّ الذى انكره بمنزلة التالف و المحسوب تركة انما هو الموجود انّ النزاع في المعنى لا في تشخيص مدلول اللفظ فانّ حاصل هذا الدليل انه ليس للمقر له بالنصف الاختصاص بالصلح عنه لانه ليس له من التركة الاالربع في الواقع ويظهرما فيه مما سيجيىء انشاءالله تعالى .

و مما حققناه يظهر حال الاقسام المتقدمة و ما في كلمات بعض الاصحاب ولاباس بالتعرض لجملة ممّا حضرنى من كلماتهم و نقلها تيمنا و تبركا و التعرض لما فيها تشييداً للمرام .

قال في التذكرة مسئلة كلّ موضع قلنا بالشركة في هذه الصور لو صدق المدعى عليه احدهما و كذب الاخر و صالح المصدق عليه عن المقرّ به على مال فان كان باذن الشريك صحّ و تشارك المدّعيان في مال الصلح سواء كان بعين النصف أو غيره وان كان بغير اذنه بطل الصلح في نصيب الشريك و صحّ في نصيبه انتهى .

و اطلاق كلامه يقتضى اطلاق الحكم بالنسبة إلى جميع الصور و هو كما ترى و التعليل بانّ التالف لايحسب من التركة و انّ ما لم يحصل بمنزلة التالف فاسد لانه إذا قبض بعض الورثة شيئاً من الميراث اشترك بينه و بين غيره و لم يختص به كساير المشتركات .

واما إذا صالح عن حصته فلا وجه لعدم النفوذ في تمامه ولا معنى لوقوعه عنه و

عن غيره فان العقود تابعة للقصود و الناس مسلّطون على اموالهم ولا معنى لكون ما انكره المتشبث بمنزلة التالف ضرورة عدم خروجه عن ملك مالكه بالانكار و قال قبل هذه المسئلة او ادّعى اثنان دارا في يد رجل فاقر لاحدهما بنصفها و كذب الاخر نظر الخ .

و فيه انه لا فرق بين اتحاد السبب و تعدده في كون ما يحصل من مال المشترك بين الشريكين و التالف عليهما لانه مقتضى الاشاعة ولا فرق في ذلك بين الارث وغيره بل بين ذكر السبب و اهماله لان المناط الاشتراك باى نحو كان .

و اما فرق بعض الشافعية بين الغصب قبل القبض و بعده معللاً بان التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كل واحد منها قابضا لحقه وانقطع حقه عما في يد الاخرين ففيه ان مجرد القبض لا يرفع الاشتراك ضرورة عدم تنافى الاشتراك و القبض و كذاما ادّعاه من انه يجوز ان يطرء الغصب على نصيب احدهما خاصّة بان تزال يده فان ازالة يد احد الشريكين لا يوجب كون المغصوب حصة خاصّة ضرورة عدم تميز حصته و مجرد تصرف الاخر في المشترك أو كونه تحت يده و اشتراكه في ذلك مع الغاصب لا يوجب تعيين ماله فيما تحت يده .

و في القواعد لو صالح المتشبث المصدق لاحد المدعيين بسبب يوجب التشريك كالارث على شيء شاركه الاخر ان كان باذنه والّا صح في الربع ولا شركة ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته اجمع ولا شركة .

و في جامع المقاصد في شرح العبارة قال المراد بتغاير السبب ان يكون سبب ملك كل منهما غير سبب ملك الاخر ولا يكون السبب مقتضيا للتشريك بل الشركة بسبب آخر و هو الشيوع كان يكون احدهما مستحقا للنصف بالارث و الاخر بالشراء مثلا فان الاقرار لاحدهما لايقتضى مشاركة الاخر اياه وهل يكون شرائهما واتّهابهما و قبضهما معا إذا اقر به المصدق من المدعيين كالارث ام يلحق بالسببين المتغايرين الاقرب عند المصنف في التذكرة الاوّل لاعتراف المقر بان السبب المقتضى لتملكه مقتض لتملك الاخر و يحتمل ضعيفا العدم لان البيع لاثنين بمنزلة الصفقتين .

و لقائل ان يقول لافرق بين تغاير السبب وكونه مقتضيا للتشريك في عدم الشركة لان الصلح انما هو على استحقاق المقر له و هو امر كلي يمكن نقله عن مالكه إلى آخر و لهذا لو باع احد الورثة حصته من الارث صح ولم يتوقف على رضى الباقين .

فان اجيب بان الانكار لاستحقاق الاخر صير النصف كالتالف فيجب ان يكون منهما لامتناع تلف حصة احدهما دون الاخر قلنا فاذا تغاير السبب يجب ان يكون كذلك مع اعتراف المقر له بالشركة وقد سبق في البيع في ما إذا قال النصف لك و النصف الاخر لى و لشريكى ما ينافي اطلاقه ماهنا حيث انه حكم بالتشريك بينهما في الحاصل و التالف و في احكام التنازع في الرهن تردد في التشريك و عدمه ونبه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب .

و الذي يقتضيه النظر ان الحكم في مسئلة الارث قبل قبض الوارثين صحيح لان الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة إلى الورثة و التالف لا يحسب عليهم و كانه لم يكن و امتناع الوصول اليهم كتلفه في هذا الحكم .

و الظاهر انه لا خلاف في ذلك اما بعد القبض و استقرار الملك لهم و انقطاع كل من الورثة من حق الاخر فلا دليل على الحاق تعذر الوصول إلى حق بعضهم بالانكار مع عدم البينة و نحوه بتلف البعض في هذا الحكم فينبغى التوقف فيه فليلحظ الحكم المذكور في البيع .

ولو كان المشترك دينا فاقر لبعض و انكر لبعض ففى الشركة قبل القبض لا بحث و بعد القبض و غير التركة من اقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من ان الحاصل لهما و التالف عليهما و عدمه انتهى .

و في كل من المتن و الشرح نظر يظهر مما مر :

اما الاول فلانه لا وجه للتفصيل بين اشتراك السبب و تغايره فان اشتراك السبب انما يوجب الاشتراك في المسبب بمعنى عدم تميز الحصتين من المال في الخارج لا عدم تمايز الاستحقاقين فان تمايز الملكين بتمايز المالكين ضرورة ان ملك كل من الشريكين

متميز عن ملك الاخر والا اتحد الملكان بل المالكان ضرورة اقتضاء تعدد المالك تعدد الملك و هو فرع التميز ضرورة ان التعدد لا يتعقل مع عدم التميز .

و لهذا يجوز لكل من الشريكين نقل حصته خاصة إلى غيره والاختصاص بمجموع عوضه في غير المقام اجماعا من غير فرق بين اشتراك السبب و تغايره فان تعين الحصة لم يعتبره احد في الاختصاص بعوضه .

نعم يمكن الفرق بين صورتي ثبوت الاشتراك بالاعتراف باشتراك السبب وعدمه و ينزل كلام المصنف عليها بان يقال بان مراده الفرق بين صورة ثبوت الاشتراك وعدمه فيحكم في الاول بالاشتراك في العوض مع الاجازة و عدم نفوذ الصلح الا في نصيبه مع عدمها لظهور النصف في النصف المقر به وهو مشترك بينهما و اما مع احراز قصد النصف المختص به فلا شبهة في نفوذه في تمام حصته و اما مع عدم الاعتراف بالسبب المقتضى للتشريك مع انكار الشركة فيختص بالعوض اجمع ايضاً فتأمل .

و امّا الثاني فلان الفرق بين التركة و غيرها لا وجه له لان التلف من المشترك على الشريكين مطلقا من غير فرق بين التركة وغيرها و قبض التركة لا يرفع الاشتراك ولا تتعين الحصة بمجرد القبض بالضرورة فالتلف أيضا عليهما كما ان المغصوب بينهما و ان اختص احدهما بازالة يده و اما كون الانكار بمنزلة التلف و عدم احتساب التالف قبل القبض من التركة فلا وجه له غاية الأمر احتساب التالف على جميع الورثة و كون الانكار بمنزلة التلف في هذا الحكم .

و بالجملة فمقتضى كلامه ان المقر له بالنصف كانه لا يملك الا الربع فكما انه ليس لاحد الشريكين الصلح من النصف مع تلف النصف فكذا ليس له ذلك مع انكاره و هو كما ترى ضرورة ان الانكار لا ينافي الملك و الاستحقاق بخلاف التلف ولو تم ما ذكر لما صح تمليك المغصوب الذي لا يتمكن المالك من استنقاذه حتى للغاصب لكونه بمنزلته و هو على خلاف الاجماع ان لم يكن مخالفا للضرورة .

و امّا ما اورده على المصنف من ان ما افاده في البيع ينافي اطلاقه ما هنا فغير

موجه ايضا لان" المسئلة المفروضة في البيع هى ان يعترف احد الشريكين لثالث بالنصف و انكر الشريك فحكم بان" الاقرار ينزل على الاشاعة فيكون للمقر له ثلثا ما في يد المقر و هذه المسئلة لا تشابه المقام و انما المشابه له بيع احد الشريكين النصف و قد رجح المصنف في كتاب البيع انصراف النصف إلى نصيبه مع احتمال الاشاعة حيث قال ولو باع مالك النصف النصف انصرف إلى نصيبه و يحتمل الاشاعة فيقف في نصف نصيب ـ الاخر على الاجازة و هذا الحكم لا ينافى ما افاده هنا من الاشتراك مع اشتراك السبب و الاختصاص مع عدمه .

☆ ☆ ☆

هذا آخر ما يسرالله تعالى جل جلاله ايراده في هذه الرسالة الموسومة بالرضوان لمؤلفه المسكين محمد هادي بن محمد امين و المرجو منه ان ينفع به المؤمنين و يجعله ذخرا ليوم الدين .



فهرس كتاب الخيارات

العنوان	الصفحه
تعريف الخيار و بيان اطّراده	٤
بيان اقسام اللزوم و الجواز	٧
في أن الاصل في العقود اللزوم	١١
البحث عن قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » و عدم استفادة العموم منه	١٣
في أنّ الاحكام الشرعيّة بأسرها انتزاعيّة اعتبارية	٢٩
أقسام الخيارات	٣٧
القسم الاول خيار المجلس و أنه مخصوص بالبيع	٣٨
هل يتحقق خيار المجلس في البيع الفضولى و بيع الصرف	٤٢
معنى الكشف الحقيقى و بيان تأثير الاجازة	٤٧
فيمن يثبت له الخيار ، و أنه حق للمالك	٥٩
ثبوت خيار المجلس للوكيل	٧٠
كيفيّة تعلق الخيار بالعقد و أنه مطلق أو مخصوص	٧٨
في أن المبيع يملك بانقضاء الخيار أو بنفس العقد	٨٧
فروع مما يتعلّق بالمقام	٩٣
فيما يسقط خيار المجلس وكيفية إسقاطه	٩٦
الغاية في خيار المجلس و البحث عن قوله صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار	١٢٥
القسم الثانى خيار الحيوان	١٣٨
القسم الثالث خيار الشرط	١٤٤
معنى الشرط لغة و عرفاً وتحقيق ماهيته	١٤٥
هل يجب على المشروط عليه فعل الشرط ؟	١٥٥

الصفحة	العنوان
١٦٩	خيار الشرط و شرط الخيار
١٧٢	تحرير محل النزاع في خيار الشرط
١٩٧	معنى الشرط المنافي لمقتضى العقد والشرط المخالف لكتاب الله
٢٢٤	فروع في خيار الشرط و تحقيق اشتراط الخيار للاجنبي
٢٣٧	وجه تعليق الخيار بردّ الثمن
٢٤٣	وجه تعليق الانشاء على الشروط و التعليق المبطل له
٢٥٣	فروع في خيار الشرط

فهرس كتاب الرضوان في الصلح

الصفحة	العنوان
٢٦٥	معنى الصلح لغة و اصطلاحاً
٢٦٧	في أنّ العقد من قبيل المعاني لا الألفاظ
٢٧٧	المعاني العقدية لا تحصل إلا بالعبارة من الطرفين
٢٨١	تعريف الصلح وما يرد على تعريف الجمهور
٢٩٣	الدليل على مشروعيّة الصلح و أنه أصل لا تبع
٣٠٠	فروع في الصلح عن الدين ببعضه و عن المؤجل بالحال و بالعكس
٣٠٩	لو صالحه عن ملكه بشيء من دون خصومة
٣١٣	لوأتلف ثوباً قيمته درهم فصالحه بأزيد من درهم
٣١٥	صور في كذب المتداعيين و صدقهما عند الصلح
٣١٧	لو صالح الورثة ببعض ما عليه مع علمه بالمبلغ لم يجز
٣٢٣	مصالحة الاجنبيّ عن الخصومة وكالة أو فضولا
٣٢٥	إذا اصطلح الشريكان على أن يكون لاحدهما رأس المال مطلقا
٣٣٩	كلام في أقسام الغرر و الخطر و بيع صاع من الصبرة
٣٥٥	كلام في بيع الكلّي و تملكه و أنه لا غرر فيه

العنوان	الصفحه
الفرق بين بيع صاع من الصبرة و بيع الثمرة الّا صاعاً	٣٦١
بيان معنى الغرر لغة و شرعاً	٣٦٥
لا يجرى حكم الغرر في الصلح	٣٧٣
حكم الغرر بخطر التسليم	٣٨١
الفرق بين الحقوق و الاحكام و لوازمهما	٣٨٩
لا يشترط في الصلح اعتبار العوض	٣٩٥
مسئلة : لو كان معهما درهمان فادعاهما أحدهما و ادعى الاخر احدهما	٤٠١
لو استودع أحد دينارين عند رجل و استودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها	٤٠٧
جواز تصرف كل من المتصالحين فی حصته عند الصلح القهری	٤١٥
مسئلة إذا استبضع انسان آخر بعشرين درهما و آخر بثلاثين فاشترى	
بكل من البضاعتين ثوبا فاشتبها ولم يعرفا ثوبهما	٤١٧
لو ادعى اثنان داراً في يد ثالث فخص أحدهما بالاعتراف و كذب الآخر	
ثم صالح المقر له نصيبه من هذا الثالث	٤٢٨


Princeton University Library
32101 072244252